

Mediação

Alguns aspectos no contexto da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril.

A mediabilidade dos litígios e a transacção.

Luisa Maria Alves Machado Magalhães

Faculdade de Direito

Porto, 2013

Mediação

Alguns aspectos no contexto da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril.

A mediabilidade dos litígios e a transacção.

Candidato:

Luisa Maria Alves Machado Magalhães

Dissertação apresentada na Universidade Lusófona do Porto para
obtenção do grau de Mestre em Direito na Especialidade de Ciências
Jurídico- Forenses

Orientador Científico:

Prof. Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto
Porto, Setembro de 2013

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus filhos muito amados, Sofia e Francisco, pois são a razão de todo o meu investimento.

E à memória do Domingos, que sempre acreditou em mim, e da Maria Luisa, que me ensinou o valor dos afectos e da autenticidade.

Agradecimentos

Agradeço, do fundo do meu coração, a todos quantos, de uma forma ou de outra, me incentivaram, me ajudaram e apoiaram, e até me espicaçaram – como tantas vezes o fez o Senhor Prof. Dr. Jorge Leite, a quem muito estimo e devo este estímulo desde que, como assistente-estagiária, concluí a parte curricular do Mestrado em Ciências Jurídico- Processuais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ulteriormente interrompido por razões ligadas à minha vida pessoal - para que este trabalho se concretizasse.

Manifesto um agradecimento muito especial ao Senhor Prof. Doutor Coutinho de Abreu pela honra que me concedeu, e pela disponibilidade amiga, ao ser meu Orientador, e à minha Directora de Faculdade, Prof^a Doutora Alexandra Vilela, pela simpatia com que sempre me acolheu e pela ajuda que incansavelmente me votou.

À Dra. Márcia Canelas, sem esquecer a Mestre Rosa Vieira Neves, uma palavra de muito apreço pela amizade e ajuda em muita da recolha bibliográfica para este trabalho.

À minha Colega, Dra. Diana Soares, um abraço muito sentido, já que, no meio de tantos afazeres, sem o seu amparo amigo teria sido bem mais difícil.

Finalmente, à Joca, minha amiga de toda a vida, aquele abraço de sempre pelo seu apoio e dedicação.

Resumo

Este trabalho visa, fundamentalmente, analisar a relação existente entre, por um lado a mediabilidade dos litígios e o ponto de encontro conseguido entre as partes em conflito por via da mediação em matéria civil e comercial, e, por outro, o tradicional contrato de transacção e os seus requisitos, uma vez que, no contexto estudado, se verifica que as normas positivas sobre a mediação convocam inúmeras vezes, de uma forma ou de outra, tal instituto.

Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se acordo de mediação e transacção se reconduzem a uma mesma e exacta figura, especialmente no âmbito da disponibilidade dos direitos envolvidos ou se, diferenciadamente, o acordo de mediação diverge, de alguma forma, da transacção tradicional.

Palavras-chave: litígio – mediação – acordo – transacção- limites

Abstract

This work aims to analyze the relationship between, on the one hand mediability disputes and the meeting point reached between the parties in conflict through mediation in civil and commercial matters and, secondly, the traditional transaction contract and its requirements, since, in the context studied, it appears that the positive rules on mediation comes calling numerous times, in one form or another, such institute.

There is, therefore, the question of whether mediation and settlement agreement lead back to the same and exact conditions, specially concerning the rights and matters to deal with, or different paths through the mediation agreement deviates somewhat from the traditional transaction.

Key Words: dispute – mediation – agreement – transaction - limits

Siglas e Abreviaturas

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

ADR – Alternativa Dispute Resolution

CPC – Código de Processo Civil

CC - Código Civil

DL - Decreto Lei

LJP –Lei dos Julgados de Paz

LAV –Lei da Arbitragem Voluntária

Índice

1. INTRODUÇÃO	8
2. RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS (RAL): O CONCEITO.	9
2.1. Noção de RAL	9
2.1.1. O conflito e o litígio	9
2.1.2. O litígio e a RAL	10
2.2. Perspectiva da RAL	13
2.3. O advento da RAL	15
2.4. O contributo da RAL na sociedade actual	18
2.5. O enquadramento histórico da RAL	21
3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS.	25
3.1. Breve noção dos meios com maior evidência em Portugal, além da Mediação	28
3.1.1. Julgados de Paz: um caso específico.	28
3.1.2. Arbitragem: institucionalizada e <i>ad hoc</i> .	31
3.1.3. Conciliação	34
4. A MEDIAÇÃO	37
4.1 Noção geral e enquadramento	39
4.1.1 A mediação como forma de solução de conflitos	39
4.1.2 A definição de mediação encontrada no contexto português	41
4.2 Antecedentes históricos mais relevantes da figura em Portugal	42
4.3 O binómio essencial: as Partes e o Mediador	50
4.3.1. A relação Partes/ Mediador: as Partes como Mediados e o papel do Mediador	51
4.3.2. Técnicas e fases apontadas à mediação como meio de RAL	55
4.3.3. O Advogado e a Mediação	61
4.4 A integração da mediação no sistema jurídico	70
4.4.1 Mediação obrigatória e facultativa	70
4.4.2 A mediação no sistema português	76
4.4.3 Sistemas públicos de mediação	77
5. ASPECTOS EVOLUTIVOS DO REGIME JURÍDICO DA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL	80
5.1 Um passo decisivo: a mediação no âmbito dos julgados de paz	82
5.2 Um segundo passo de relevo: a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio	86
5.3 A transposição da Directiva 2008/52/CE para a ordem jurídica portuguesa	90
5.4 Na actualidade: a Lei nº 29/2013 de 19 de Abril	94
6. A MEDIABILIDADE DOS LITÍGIOS NO CONTEXTO DA LEI Nº 29/2013 DE 19 DE ABRIL	96
6.1 O objecto da mediação no âmbito da Lei	96
6.2 Antecedentes no dealbar da Lei nº 29/2013 de 14 de Abril	99
6.3. A Transacção: o contrato e os vários institutos e conceitos a convocar	101

6.3.1. A transacção como meio de evitar ou terminar um litígio	102
6.3.2. A vertente judicial da transacção	103
6.3.3. A transacção judicial como negócio jurídico complexo	103
6.3.4. A transacção judicial e a incontornável homologação	104
6.3.5. A qualificação substantiva da transacção	106
6.3.6. As figuras próximas	106
6.3.7. O objecto e os limites da transacção	110
6.3.7.1. A previsão do artº 1249º CC	110
6.3.7.2. A ilicitude	111
6.3.7.3. A problemática da disponibilidade - indisponibilidade jurídica	112
6.3.7.4. A indisponibilidade dita “objectiva”: as coisas fora do comércio e os direitos subjectivos de natureza pessoal	115
6.3.7.5. O alcance do artº 1249º CC e os direitos subjectivos de natureza pessoal	116
6.4 Transacção, acordo de mediação, homologação e a Lei nº 29/2013 de 14 de Abril	121
6.5. O Direito Comparado: a transposição da Directiva 2008/52/CE e a mediabilidade dos litígios no direito positivo das ordens jurídicas de Espanha, França, Itália e Alemanha	130
6.6. Uma análise comparativa do conceito de disponibilidade: mediabilidade e arbitrabilidade	136
 7. CONCLUSÃO	 140
 8. BIBLIOGRAFIA	 151

1. Introdução

Centrado na temática, actual e progressivamente interventiva, da Resolução Alternativa de Litígios – de acordo com a sigla comumente utilizada, RAL - este trabalho visa uma pequena reflexão sobre alguns aspectos da mediação, desde logo no contexto dos meios ou métodos enquadráveis e mais utilizados no referido âmbito de RAL e, concretamente, no âmbito da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, conhecida como Lei da Mediação.

Assim, procurar-se-á fazer uma análise do conceito “Resolução Alternativa de Litígios”, da tipologia e características essenciais de alguns dos meios ou métodos mais utilizados entre nós, em especial da Mediação, na perspectiva de um conjunto de ferramentas que, afinal, visarão a recondução do cidadão à pacificação que o seu inalienável direito de acesso à Justiça, consagrado no artº 20 da Constituição da República Portuguesa e no artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tem necessariamente de significar.

Procurar-se-á, no especial relevo dado à figura da Mediação, fazer o seu enquadramento histórico e legal no sistema jurídico português, e questionar, concretamente no contexto da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, um aspecto que é essencial ou inerente ao exercício e boa prática deste meio de resolução de litígios: a mediabilidade dos litígios, por um lado, e a articulação dessa qualidade ou qualificação quanto ao objecto dos acordos celebrados no contexto da mediação, com o objecto do tradicional contrato de transacção que a referida Lei da Mediação, a final, convoca.

2. Resolução Alternativa de Litígios (RAL): o conceito.

2.1. Noção de RAL

2.1.1. O conflito e o litígio

Conceitualmente, o litígio advém de um conflito. E o conflito é a face visível do choque entre formas de ver a vida diferentes entre si.

Todos temos perspectivas diversas acerca da existência e das formas como a conduzir, no relacionamento com os demais. Tal é inerente à existência.

O problema surge quando as perspectivas se convertem na luta por fazer vingar a “nossa” visão sobre a “do outro”. É aí que surge o conflito. Que, muito para além do imediato efeito negativo que a hostilidade inerente comporta, e que pode até ser devastador ¹, também pode constituir-se, no contraponto, num factor positivo potenciador ou mesmo gerador de mudança ².

Mas, como bem anota a doutrina³, nem todos os conflitos dão lugar a litígios. Por definição, o litígio implica, desde logo, que o conflito seja reconhecido pelas próprias partes como tal e que estas também reconheçam a necessidade

¹ Parkinson, Lisa, *Mediação Familiar*, Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça, (2008), Agora Comunicação, página 35 e 36, perspectiva o conflito, na relação marital e conjugal como “turbulência”: “Conflito, em separação e divórcio, encaixa-se perfeitamente na definição científica de turbulência: “o que é turbulência? É uma confusão de desordem a todos os escalões, pequenos redemoinhos no interior de grandes redemoinhos. É instável. É altamente dissipador, significando que a turbulência escoa energia e cria lentidão de reacções” (...) O conflito em processo de divórcio dissipa energias e cria arrastamentos, exactamente como uma corrente de ar turbulenta por cima da asa de um avião cria uma travagem e anula o impulso ascensional.(...)”

²Wilde, Zulema D. e Luís M. Gaibrois, *O que é a mediação*, (2003), Agora Publicações, Lda, página 47 e seguintes, fazem uma análise pormenorizada acerca das várias formas de identificar, encarar e lidar com o conflito.

³Brown, Henry J. e Marriott, Arthur L., *ADR Principles and Practice*, (1999), London: Sweet & Maxwell, pag 1 a 11.

de uma intervenção diferenciada, possivelmente de um terceiro, para a sua resolução.

De facto, o conflito pode não ser reconhecido ou mesmo consciencializado pelo sujeito.

Além disso, o conflito pode até, mesmo quando seja percebido, ao invés do confronto com o “outro”, dar apenas lugar àquilo que se designa por “resignação”⁴, tendência esta que, de acordo com os estudos do Observatório Permanente da Justiça, define a sociedade portuguesa nesta matéria⁵.

Finalmente, pode ainda o sujeito conseguir resolver o diferendo directamente com a outra parte, por uma qualquer via que não implique a intervenção de um terceiro, seja para ajudar a encontrar a solução, seja para decidir.

Por conseguinte, só quando o conflito é assumido e se reconhece como necessária a intervenção de uma qualquer instância para o resolver é que temos a figura do litígio.

2.1.2. O litígio e a RAL

Posto que estamos perante um litígio, coloca-se agora a questão de o tratar, de o sanar ou enquadrar, por forma a, em última instância, alcançar a pacificação social.

Uma atitude sensata convida à ponderação e escolha do meio mais adequado ao tratamento do litígio concreto, escolhendo, de entre aqueles que a ordem jurídica disponibiliza, o que melhor pareça ter condições de tratar eficazmente “o caso” em todas as suas vertentes: jurídica, social e até económica.

⁴Santos, Boaventura Sousa, J. Pedroso, M. M. L. Marques e P. Ferreira, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O Caso Português*, Afrontamento, Porto, (1999).

⁵ Isto é, os portugueses serão conscientes dos seus direitos, identificam os conflitos que o seu desrespeito ou atropelo lhes causa, mas não convertem esta conflitualidade em “conflitualidade real, publicamente assumida e solicitadora de tutela”

É facto que, a “crise da justiça”, como vulgarmente se designa, poderá estar, e estará certamente, numa relação directa com o advento da resolução alternativa de litígios.

Inúmeros factores, “de cariz exógeno e endógeno” ⁶, como o crescimento populacional e da complexidade da litigiosidade, a insuficiência da instituição organizacional, a excessiva produção legislativa aplicada sem o devido amadurecimento, entre muitos outros, concorreram para o estado da Justiça – daquela que, conforme o entendimento tradicional, é prestada pelo Estado.

E, a verdade é que, reconhecendo-se que esta crise não é apenas nossa, portuguesa, também se fazendo sentir noutros Estados europeus, há quem defenda que ela não é mais do que a expressão de um fenómeno ainda mais vasto, de uma verdadeira “crise da lei”⁷.

O certo é que, a generalizada e complexa crise da justiça – cujo estudo, deveras interessante, não é contudo o objecto central deste pequeno trabalho – provocou a aceleração inevitável da busca de soluções reformadoras, com opiniões diversificadas e contemplando vários tipos de acções a levar a efeito ⁸, umas de índole tecnocrática, outras de natureza tecnológica, e ainda outras defensoras da desjudicialização da resolução de litígios por via da criação de alternativas ao modelo tradicional de administração da justiça.

Em grande parte, é precisamente nesta última vaga que se situa a nossa temática da resolução alternativa de litígios.

Convém, desde já, precisar, nos termos da definição, o alcance que nos parece ter a qualificação “alternativa”.

⁶Silva, Fernando Pereira Rodrigues da, *Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais*, (2006): nas páginas 10 a 13 o autor desenvolve vários dos factores considerados atinentes á situação de crise da justiça, “caracterizada por uma excessiva morosidade na obtenção e no acesso, em tempo útil, a uma prestação específica por parte do Estado”

⁷Hespanha, António Manuel, *Lei e Justiça: História e Prospectiva de um Paradigma*”, in Hespanha, A. M. (Org) “Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva”, (1993), Lisboa, Gulbenkian, pag 9.

⁸ Pedroso, J, C. Trincão, J.P. Dias, *Por Caminhos da Reforma da Justiça*, Coimbra,(2003), Coimbra Editora, páginas 24 a 27, fala de, pelo menos, quatro tipos de reformas defendidas: “ aumento quantitativo de recursos, (...) reforma tecnocrática e gestonária(...) reforma da inovação e tecnologia(...) elaboração de alternativas ao modelo formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça. Os novos modelos emergentes têm constituído o movimento ADR(...)”

Isto porque, os meios designados como tal, podem ser vistos, em relação aos tribunais jurisdicionais do Estado, como substitutivos, como concorrenciais, ou como complementares.

A maioria das explicitações – que o mesmo é dizer, o entendimento que se veio afirmando – é semelhante.

Henry Brown e Arthur Marriott referem que os meios de RAL são todos os procedimentos que funcionam como alternativa à litigação judicial tendo em vista a resolução de conflitos e que envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda^{9 10}.

Mariana França Gouveia, começa por defini-los como “o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais” mas precisando adiante que tal definição deverá “ser alargada a todos os meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal judicial”^{11 12}.

Já Paula Costa e Silva discorda da definição^{13 14}. No seu entender, tais meios não são susceptíveis da definição de “alternativos” porquanto o critério que deve presidir à sua qualificação é o da *adequação*. Defende que a qualificação e designação dos referidos meios como “alternativos” não pode querer significar que o critério que há-de estar na base da escolha do meio é o da alternatividade.

⁹Dos Autores, obra citada, página 12, onde referem, precisamente: “*much of ADR’s value lies in the notion of a spectrum of dispute resolution mechanisms, with alternatives adding to, rather than replacing the litigation option*”.

¹⁰ O Glossário terminológico da Academy of Experts, consultada em 20-08-2013 em http://www.academy-experts.org/default_in.htm?http&&www.academy-experts.org/language.htm, refere RAL como “*any method of resolving na issue susceptible to normal legal process by agreement rather than an imposed binding decision*”

¹¹Gouveia, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, (2011), pág. 17 e 18

¹² Faget, Jaques, *La double vie de la médiation*, in “*Droit et Societé, Revue Internationale de Théorie du Droit e de Sociologie Juridique*”, nº 29, (1995), Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, pag 25-38, concretamente pág. 27, no sentido de que, a diversa natureza entre a justiça tradicional e a mediação como meio de RAL é patente na perspectiva como ambas se dirigem à pacificação social: a Justiça subordinada aos princípios da equidade, legalidade, ideia de Estado, dependência, relação vertical, perspectiva de ruptura, e a Mediação, pelo seu lado e correspectivamente, subordinada aos princípios do equilíbrio, legitimidade, ideia de Sociedade, autonomia, relação horizontal e perspectiva de aproximação.

¹³ Silva, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, Lisboa,(2009), pág. 34 e seguintes.

Ainda, da autora e no mesmo sentido, “De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade”, in *O Direito* 140º (2008), IV, 735-752, Almedina, pág. 744 e seguintes.

¹⁴ No mesmo sentido, Margaret Doyle, *Advising on ADR: The Essential Guide to Appropriate Dispute Resolution*, (2000), Londres:Advice Services Alliance, página 3

Mais, Paula Costa e Silva defende mesmo que, denominá-los de meios alternativos no sentido de que são formas de “aliviar” a tensão dos tribunais judiciais (e esta é a perspectiva mais comum), só contribui para o seu desprestígio.

De facto, temos para nós que, a resolução alternativa de litígios terá por objectivo aumentar o leque de possibilidades na escolha adequada do meio, diverso do tribunal judicial tradicional, que sirva o interesse de bem cumprir o objectivo de pacificação social.

2.2. Perspectiva da RAL

A Resolução Alternativa de Litígios, ou RAL ¹⁵, na implementação dos meios em que se desdobra (como, por exemplo, a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem, e, numa perspectiva não unânime ¹⁶, os julgados de paz), impõe, concretamente ao jurista, uma atitude diversa daquela em que tradicionalmente este se coloca ao analisar “o caso”.

Se, na visão jurisdicional tradicional, procura a melhor solução que o Direito e o espírito da lei lhe ofereçam no todo harmónico que representa o sistema jurídico, já no âmbito da resolução alternativa de litígios aborda a questão de uma perspectiva bem diversa: no dizer de Mariana França Gouveia, *“nesta área não se procura a solução mas o método mais adequado à resolução do problema, independentemente da solução jurídica adequada”* ¹⁷. E, como muito bem aponta a mesma autora, *“o que é alternativo, antes de tudo o mais, é precisamente a abordagem ao litígio, a percepção das suas características não jurídicas-sociais, psicológicas até, históricas, antropológicas. (...) estes métodos são transversais a todas as áreas do Direito e da sociedade(...)”*.

Donde resulta que, para o jurista, especialmente para aquela habituado ao posicionamento tradicional, cujo mecanismo operacionaliza através do direito

¹⁵ Ou ainda RAC, Resolução Alternativa de Conflitos, como preferem referir-se-lhes Zulema D. Wilde e Luís M. Gaibrois, obra citada, página 19.

¹⁶ Vargas, Lúcia Dias, *Julgados de Paz e Mediação – Uma nova face da Justiça*, Almedina (2006), pag. 115, classifica-os como meios “mistos”.

¹⁷ Gouveia, Mariana França, obra citada, pag. 16

processual, torna-se necessário aprender a raciocinar segundo uma diferente metodologia: precisamente aquela que se coloca a montante do próprio sistema jurídico tal qual o conhecemos, olhando “o *Direito de mais sítios e de sítios mais improváveis do que se tornou habitual*”^{18 19}.

Daqui decorrerá, segundo a doutrina acima exposta, e na sequência da inerente alteração metodológica, que cabem na definição de meios alternativos de resolução de litígios todos aqueles que procurem a resolução/pacificação do diferendo por via diversa da estrita decisão de tribunal judicial^{20 21}.

É usual a afinação de alguns critérios para distinguir os meios de RAL:

Segundo aquele que os qualifica como processos adjudicatórios ou processos consensuais, os meios de resolução alternativa ora serão aqueles em que se atribui o poder de decidir a um terceiro neutro e imparcial que tem legitimidade para impor a sua decisão, independentemente de qualquer mandato das partes, ora, pelo contrário, visam a obtenção de um acordo exclusivamente por si, com ou sem a intervenção de um terceiro que, a intervir, nunca terá o controlo do resultado, limitando-se a auxiliar as partes na busca do consenso.

Incluem-se no primeiro grupo as decisões judiciais típicas, sejam dos tribunais tradicionais, sejam dos julgados de paz, e também as decisões arbitrais porque, não obstante a convenção arbitral inicial, esta tem na base, grosso modo, o acordo das partes quanto à escolha e termos do meio, mas a decisão final, a existir, caberá exclusivamente ao árbitro²².

¹⁸ Hespanha, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito*, (2007), pág. 5

¹⁹ Ressalvado que, o meio de RAL que, no caso concreto, se centre nos direitos e não tanto nos interesses (exº arbitragem, conciliação), trabalha a perspectiva dos tribunais judiciais (Mariana França Gouveia, obra citada, pág. 18 e 19).

²⁰ Mariana França Gouveia chama a atenção para o caso da conciliação judicial (actual artº 594º CPC) que entende, ainda assim, ser enquadrável como meio de RAL (ver obra citada, pág. 17)

²¹ Reis, João Luís Lopes dos, Advogado, in “Conferência- Meios Alternativos de Resolução de Litígios”, *Ministério da Justiça, Direcção Geral da Administração Extrajudicial e Fundação Calouste Gulbenkian*, Almedina (2000), pag 19 e ss, defende ser relevante, no contexto do tema, distinguir os conceitos de “litígio” e “diferendo”.

²² Deve referir-se que, a classificação da arbitragem como meio de RAL é contestada por aqueles que têm tendência a restringir a qualificação apenas aos meios ditos estritamente consensuais (H. Brown e A. Marriott, obra citada, página 20).

Já em sentido totalmente oposto Mackie, Karl J., in *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, (1991), Londres, Routledge.

Segundo o critério que os agrupa como meios centrados nos direitos ou meios centrados nos interesses, os primeiros são aqueles que actuam na perspectiva do tribunal judicial tradicional, e também da arbitragem, isto é, alegando, discutindo e provando os argumentos. A decisão do terceiro há-de ter em conta a definição dos direitos de cada um de acordo com a lei.

Já os segundos, conforme o já explicitado acima, centram a sua intervenção nos interesses de cada uma das partes e não propriamente na legalidade das suas posições.

Não importa tanto aquilo a que o Direito dá cobertura na posição de cada um, mas antes o que é necessário descortinar em cada um para dirimir o conflito e chegar ao entendimento e à pacificação. É o caso da mediação dita facilitadora.

Há ainda quem distinga os meios de RAL como voluntários ou obrigatórios.

Por definição e em regra, tirando os casos de arbitragem necessária (imposta por lei) e de mediação obrigatória (de que falaremos adiante) os meios de resolução alternativa de litígios são voluntários visto que o seu exercício e implementação depende da vontade das partes. À excepção destes casos, portanto, os demais, como a mediação, a negociação ou a arbitragem voluntária, são formas voluntárias de resolver os litígios.

Quanto aos julgados de paz, em Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 24/05/2007, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que o autor tem na sua disponibilidade escolher alternativamente entre estes julgados e os tribunais judiciais para conhecer das acções que pretenda instaurar, dentro da respectiva competência material. Nesta perspectiva, serão meios voluntários.

2.3. O advento da RAL

O advento da resolução de litígios por via alternativa aos tribunais tradicionais funda-se, em muito e como já referimos acima, no descontentamento generalizado quanto à operacionalidade e eficácia destes por parte da sociedade

civil ²³, cada vez mais conflituosa e confrontada com turbulências da mais diversa natureza com as quais há que, inevitavelmente, aprender a viver ²⁴.

Descontentamento este, como bem lembra Paula Costa e Silva ²⁵, acompanhado e fortalecido por uma cada vez maior *“inversão dos paradigmas na justiça”* ²⁶. Como refere a autora, *“O paradigma de tutela dos direitos em situação de crise ou de ruptura mudou, também, radicalmente. Até há pouco ele ancorava num modelo de realização de Justiça que pressupunha o exercício de um poder que o Estado para si reservava, em troca da renúncia à justiça privada: o poder jurisdicional(...).”*

De facto, o monopólio estadual do exercício da justiça a que viemos assistindo, mormente desde o século XIX, vai perdendo eco na realidade social actual. E isto a dois níveis: externo ou paralelo, mediante a disponibilização de meios alternativos, mas também interno, mediante sucessivas alterações à própria estrutura em que assenta o exercício do poder jurisdicional tradicional.

Aquilo a que alguns autores chamam a “desjuridificação”²⁷, traduz bem o fenómeno global que perpassa a Justiça contemporaneamente.

A “crise” trouxe consigo uma procura de respostas através da deslegalização ou desregulação – libertando o ordenamento jurídico e os tribunais de algumas questões ²⁸, da desjudicialização – desde logo transferindo

²³ No dizer de Ferreira, J.O. Cardona, *Julgados de Paz e Conciliação - Breve Síntese - Acerca do seu contexto na história e nos sistemas de justiça em Portugal – do passado acaba por vir o pós modernismo jurídico*, Conselho de acompanhamento dos Julgados de Paz, (2005): “(...) esta temática constitui, hoje, o caminho irreversível de uma Justiça, diria, post modernista, que queira ser, realmente, Justiça. Quem pensa Justiça, sabe que, apesar de já ser bom que vão sendo resolvidos litígios concretos, diria, quem pensa Justiça sabe que isso é pouco. O suum quique tribuere – dar a cada um o que lhe pertence – na linha da visão aristotélica do que seria o ideal da Justiça, deixou de ser um fim, para ser apenas um meio para se alcançar algo muito mais importante: a qualidade de vida, a paz individual e social, na medida do possível, a felicidade.”

²⁴ De clara assertividade, a contextualização de Angelo Volpi Neto, como autor do Prefácio da 1ª Edição da obra *Mediação- Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais*, de Juan Carlos Vezzulla, Editora Agora Comunicação, (2003).

²⁵ Silva, Paula Costa e, obra citada, pág. 19.

²⁶ Silva, Paula Costa e, obra citada, pag 19

²⁷ Pedroso, J., C. Trincão, J.P. Dias, obra citada, página 28, quando explicitam: “(...) Em simultâneo com o processo de juridificação(...), desenvolve-se também um processo de desjuridificação que consiste no “recuo de certas formas específicas de intervenção do direito, bem como dos valores que lhe estão tradicionalmente associados(...). Assim, com o conceito desjuridificação deve-se entender uma “baixa mais ou menos considerável de pressão jurídica” sobre determinados factos(...). Os processos de desjurisdificação assumem uma multiplicidade de formas(...) que, numa perspectiva analítica devemos classificar em três grandes conceitos: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização.”

²⁸ Designadamente de natureza penal e administrativa.

competências dos tribunais para instâncias não judiciais ²⁹, e atribuindo competências as outras profissões, mesmo não jurídicas, e, paralelamente, da informalização, onde sobremaneira se incluem os meios de resolução alternativa de litígios.

De anotar que, um jurista facilmente intui, percebe e detecta, dentro do próprio edifício em que assenta o poder jurisdicional, o efeito dos ventos de mudança: basta acompanhar a evolução do Código de Processo Civil, desde José Alberto dos Reis até à actualidade ³⁰ : apesar das dificuldades sentidas na mudança e adaptação das mentalidades, a consagração do princípio da cooperação (artº 266º CPC com a Reforma de 95/96), marca a transição definitiva de uma génese liberal e autoritária para um processo contencioso participado activamente pelas partes, procurando implementar-se uma cultura de cooperação e de proximidade que, de facto, até é típica dos meios extrajudiciais de resolução de litígios ³¹.

Os valores que se afiguram essenciais ao Direito e que se concretizam na realização da justiça material em detrimento da pura forma, têm estado na vanguarda, pelo menos intencional, das alterações promovidas à lei processual civil.

Embora se reconheça que, o progresso que a ciência jurídica processual procurou implementar com a Reforma de 95/96 ficou muito aquém do que se pretendia em termos de eficácia: em grande parte, os resultados estão à vista, com a excessiva morosidade e lentidão dos processos judiciais, cujos desfechos, muitas vezes por isso mesmo, se revelam ineficazes ou insatisfatórios, o elevado custo no acesso aos tribunais e até o excesso de burocracia persistente na actividade destes.

²⁹ Como é o caso de algum contencioso das sociedades e do âmbito das relações familiares.

³⁰ Mendonça, Luís Correia de, *José Alberto dos Reis: Os Primeiros Anos da Reacção Contra o Processo Civil de Inspiração Individualista e Liberal*, (1997), ano 57, pág. 1195 e 1197 – 14 e 15.

³¹ Vargas, Lúcia Dias, obra citada, pag 40 e 41.

De qualquer modo, a tendência evolutiva de participação, cooperação, responsabilização, no âmbito da lei processual civil, vai novamente reforçada, agora com a Reforma de 2013, com a Lei nº 41/2013 de 26 de Junho.

Não obstante, toda a mudança é difícil, e lenta. E, ainda assim, em muitas situações ineficaz. Veremos.

Por isso, a par do exercício do poder jurisdicional tradicional, foi (e vai) ganhando terreno a implementação e a adesão da sociedade civil aos meios de resolução alternativa de litígios.

Trata-se de um modo diferente de abordar e tentar neutralizar a conflitualidade, como vimos, com proximidade, informalidade, privilegiando a verdade material em detrimento da actividade processual, que passa a um plano secundário ³², ainda a custo mais baixo ³³, com credibilidade e concorrendo para a pacificação social.

2.4. O contributo da RAL na sociedade actual

Na generalidade, os meios de resolução alternativa de litígios têm sido bem acolhidos, embora a sua assumpção pela doutrina e pelos operadores não seja linear.

Há quem lhes aponte a virtualidade de descredibilizar o sistema judicial, e ainda de procurar implementar uma justiça “de segunda classe”- pelo facto de, dizem, ao fazer prevalecer o consenso e a informalidade perderem em legitimidade, autoridade e rigor jurídico, entendimento este manifestamente imerecido e inadequado.

Na verdade, a presença dos meios de RAL liberta os tribunais de muitos processos de menor complexidade ou importância, permitindo-lhes, assim, libertar

³²Vargas, Lúcia Dias, obra citada, pág. 42: “*Nos meios alternativos o processo deverá ser meramente instrumental e simplificado, de forma a ter a virtualidade de inflectir a procura junto dos tribunais para outras instâncias públicas ou privadas.*”

³³ Silva, Paula Costa e interroga-se sobre este atributo, obra citada, páginas 27 e seguintes.

meios e recursos para apreciar questões juridicamente mais exigentes, o que sempre contribuirá para a maior qualidade do serviço judicial, contribuindo assim, também, para o melhor desempenho do papel de pacificadores que, por definição, cabe aos tribunais.

Além disso, são precisamente as características dos meios de RAL que lhes garantem as possibilidades de sucesso: desde logo, o comprometimento das partes no procedimento escolhido funciona como alavanca no sentido da resolução ³⁴, e depois, a informalidade, o baixo custo, a proximidade, a consideração dos interesses das partes, a procura de uma solução que a todos convenha (o que é especialmente relevante nos conflitos com uma forte componente pessoal como os de vizinhança, familiares, laborais, até comerciais e de consumo).

Não podemos esquecer que as relações humanas, mesmo as aparentemente mais simples, afinal se revelam complexas no seu desempenho, sendo a sua salvaguarda ou preservação muito susceptível. Muitas vezes, sujeitar um conflito desta natureza ao meio adversarial que é o tribunal, só aumenta a conflituosidade, a agressividade e – por vezes, até, mata definitivamente a relação pessoal.

Por outro lado, também convém lembrar aos mais críticos que, há séculos que a maior parte das relações internacionais derivadas do comércio internacional procuram resolver os seus conflitos por via destas práticas, mormente a mediação e a arbitragem, reservando a intervenção dos tribunais para situações pontuais.

Em suma, os meios de resolução alternativa de litígios não se justificam na versão redutora de meios que unicamente se alimentam da morosidade e aparente ineficácia dos tribunais judiciais.

Acima de tudo, trata-se de meios que, no conjunto da articulação de todo o sistema de justiça e no contexto alargado da ordem jurídica, em conjunto com a

³⁴ Num sugestivo artigo de Pam Marshall, intitulado *Would ADR have saved Romeo and Juliet?*, publicado no Osgoode Hall Law Journal, consultado em 15-08-2013 em http://www.ohlj.ca/archive/articles/36_4_marshall.pdf, a autora afirma “*Because disputes arise from human interaction, there may be as many types of dispute resolutions as there are people. Imperfect people will create imperfect and fallible processes. Those who seek to assist in dispute resolution must accept that their role is one of assistance, not control.*”

recuperação da ideia, sempre refrescante, de participação cívica activa do cidadão na busca de soluções, contribuem decisivamente para a concretização do princípio do Acesso à Justiça e ao Direito consagrado na Constituição e na Convenção dos Direitos do Homem, contribuindo assim para o reforço da cidadania e do Estado de Direito Democrático.

O acesso ao Direito e à Justiça cumpre-se sempre que se garanta ao cidadão uma tutela efectiva por essa via, o que implica, não apenas que sejam disponibilizados meios adequados para esse efeito, postos à disposição do interessado para tratar do litígio que o perturba, mas também que, ainda antes disso, ele saiba com que meios pode contar para se determinar (ou não) a litigar.

Todos sabemos que há muitos conflitos que não chegam a tribunal pela pura desmotivação, não apenas da espera e do custo, mas também do desgaste pessoal.

Donde resulta que, a pertinência dos meios de RAL na ordem jurídica se revela de uma amplitude inconsiderada pelos seus críticos: é que, ao serem tidos como um meio disponível e adequado, pelas suas características, na hora de decidir passar do mero conflito ao verdadeiro litígio, tal decisão pode precisamente advir dessa ponderação.

Por esta via, os meios de RAL podem até contribuir para um aumento relativo da litigiosidade de uma certa natureza, precisamente, e também, naquela franja de conflitos que não chegariam a beneficiar de tutela jurídica por falta de motivação ou condição no recurso aos tribunais tradicionais.

Assim sendo, poderá dizer-se que os meios de RAL não só contribuem para o descongestionamento dos tribunais tradicionais, libertando-os de questões para cuja solução a sua tutela não é imprescindível, como ainda alargam a tutela jurídica a outros sectores da vida que, de outro modo muito provavelmente nunca chegaria a traduzir-se em litigiosidade efectiva – e que, afinal, para “sara”, para se transformar em paz social, é necessário ser tratada.

Conclui-se, pois, que os meios de RAL não são uma modalidade de justiça de segunda classe, são apenas novas vias que, muito para além de desimpedirem o raio de acção necessária e adequada dos tribunais, com eles ajudam a implementar efectivamente o direito de acesso à Justiça.

2.5. O enquadramento histórico da RAL

Com origem num movimento emergente nos EUA e que propugna o livre acesso à justiça ³⁵ na década de 60, e a procura de alternativas aos tribunais tradicionais para aplacar os conflitos, os meios de RAL foram conquistando adeptos. Para além dos EUA, o movimento estendeu-se ao Brasil, à Argentina e rapidamente se alastrou à Europa.

A União Europeia desde cedo investiu na promoção de meios alternativos junto dos Estados membros, sugerindo fórmulas e mecanismos simplificados a serem adoptados nos respectivos ordenamentos jurídicos: é o caso da Directiva 2000/31/CE em matéria de consumo, da Directiva 2002/08/CE do Conselho, de 27 de Janeiro ³⁶; do Tratado de 29 de Outubro de 2004 (estabelece uma Constituição para a Europa) ³⁷; sem esquecer, no contexto do Livro Verde, as propostas sobre mediação em matéria civil e comercial e o Código Europeu de Conduta para Mediadores.

Se passarmos em revista os antecedentes do funcionamento do sistema de justiça em Portugal, concluímos que o percurso não é muito diferente do de qualquer outro país de cultura europeia continental: após um período dominado pelo poder absoluto da monarquia, onde o rei se confundia com a Lei e a Justiça numa fusão de unidade com legitimidade divina, o advento da revolução liberal veio mudar o curso dos acontecimentos, já que desviou a legitimação do exercício da Justiça e do Direito para o Povo.

Fundamentado nesta nova concepção de construção do Direito, centralizado a partir do exercício do poder legislativo através de assembleias eleitas pelo povo, e de um poder centralizado, supostamente promotor de uma igualdade de tratamento, surge o sistema de justiça, como via de implementação uniforme desse princípio.

³⁵Vargas, Lúcia Dias, obra citada, pág. 42.

³⁶ Extende o benefício do apoio judiciário a alguns procedimentos extrajudiciais (artº 10º da Directiva)

³⁷ Na parte dedicada à cooperação judiciária em matéria civil contempla medidas para assegurar o incremento de meios alternativos.

É o palco de eleição do positivismo jurídico, em que Lei e Direito são uma e a mesma realidade, e os tribunais se limitam a expressá-la por via de decisão, sem qualquer autonomia interpretativa ou aplicativa.

Na verdade, porém, vindo uma tal perspectiva a ser rapidamente minada pela falácia do seu fundamento concreto – um conceito de democracia sem expressão na vida das populações, alheias à participação cívica que, afinal, se destinava somente a alguns – as circunstâncias evoluíram para a consolidação de fórmulas de regulação com correspondência nas práticas sociais (caso do costume) e, progressivamente, para uma visão autonómica do Direito.

A democracia, enquanto palco representativo de todos os cidadãos, em cujo seio cada qual exerce o seu direito de voto livremente e ao abrigo da qual a Lei, o Direito e os tribunais implementam o sistema jurídico, é genericamente aceite.

Porém, na segunda metade do século XX a insatisfação, o descontentamento do cidadão em face da prestação da Justiça, manifesta-se abertamente.

É um fenómeno que anda a par com o progressivo afastamento do cidadão relativamente á instituição Estado. O cidadão deixa de se identificar com o Estado, olha-o com alguma desconfiança e, inevitavelmente, também olha com alguma desconfiança para as leis que o Estado projecta na vivência quotidiana.

O próprio modo como a justiça opera nos tribunais, potencia o referido afastamento do cidadão^{38 39}. As mais das vezes tem de intervir através de advogado dadas as inúmeras e imprescrutáveis especificidades técnicas do processo judicial. Não compreende, e por isso também não aceita placidamente, dada a maior amplitude de informação de que beneficia, que sejam tomadas decisões sobre si e que só a si importam, por actos que, a seu ver, são puros actos de autoridade. Dito de outra forma, o cidadão vai percebendo que a

³⁸ De notar que, a abertura dada à intervenção da própria parte em processo judicial tradicional, no âmbito das novíssima norma do artº 466º do CPC de 2013, é algo que não existia até à actualidade. A sua intervenção pessoal só era admitida no contexto da confissão através do depoimento de parte, unicamente requerido pela parte contrária. É um sinal de abertura.

³⁹ No mesmo sentido, Paula Costa e Silva, obra citada, pág. 21.

legitimação de uma decisão sobre os seus interesses será tanto mais autêntica quanto mais passar pela auto- vinculação.

Por outro lado, inúmeros são os desafios que hoje se colocam ao Direito e à aplicação da Justiça, obrigando, na sua contínua adaptação conformadora à realidade, a uma acrescida flexibilidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas. De facto, as exigências são de toda a ordem: sociológicas, económicas, antropológicas, políticas, impregnadas de uma inelutável visão pluralista a que a Justiça e o Direito não têm como fugir.

A complexidade é tal que, as normas jurídicas que do Direito promanam a coberto da figura do Estado, vão chocando com espaços de falência da sua função verdadeiramente reguladora das exigências da actual vivência social que nelas não se revê.

Mais do que o valor da Justiça em termos absolutos, as pessoas vão valorizando a estabilidade, a segurança nas relações jurídicas – porque não dizê-lo, mesmo a Paz.

Fica, assim, aberto o caminho para que a Justiça e o Direito sejam pensados de outras formas, para que se admita e pondere, em face da pluralidade de respostas que é imprescindível encontrar, outras formas de normativizar: o Direito como escopo não será exclusivamente concretizável pela única via da Lei, é esta a questão.

Ora, é precisamente neste contexto, de crise da tradicional correlação dos conceitos de Justiça e Direito - Direito e Lei ⁴⁰, que encontra acolhimento o conceito de “resolução alternativa de litígios”, de adopção de meios que, fugindo à

⁴⁰ Enquadrável num movimento político da segunda metade do século XX nos EUA denominado *Critical Legal Studies*, que, como explicita Mariana França Gouveia, obra citada, pág. 25, “O movimento (...) surgiu da constatação de que o Direito não era um saber neutral (como a Física ou a Matemática), mas carregado de ideologia e programa. Era a expressão de uma vontade – todas as opções jurídicas constituíam escolhas políticas. “ E, citando António Manuel Hespanha, “afirmar isto era afirmar que, valores que estavam no centro da ideologia dos juristas desde o séc. XVIII – como a racionalidade dos seus procedimentos – não tinham fundamento, constituindo apenas uma máscara de argumentos favoráveis à defesa de certas posições dominantes na vida social ou na vida académica”.

via tradicional, através de uma auto-composição mais ou menos ampla, também sejam admitidos a realizar o Direito e a Justiça ⁴¹.

*“A resolução alternativa de litígios é, antes de tudo, o reflexo processual do pluralismo jurídico. É um instrumento de diálogo entre as pessoas e as tradições e, por isso, uma via de aprofundamento da nossa democracia”*⁴².

Esta crise do modelo tradicional Direito – Justiça, por um lado, e aquela tomada de consciência, por parte do cidadão, de que deverá participar no desfecho do litígio que o ocupa, concorrem no surgimento e implementação crescentes dos meios alternativos de resolução de litígios.

A mediação, em concreto, é porventura o meio que, conceitualmente, melhor corresponde àquele anseio do cidadão, já que são as partes que, do princípio ao fim, dominam o conflito feito litígio.

Em face daquela constatação, procura-se, um pouco por todo o lado, mudar o estado de coisas. Entre nós, a União Europeia, como o referimos, tem tido um papel relevante na promoção dos meios alternativos à modalidade do exercício da justiça tradicional ⁴³, impulso que se reflecte nos países que a integram.

É assim que, no nosso país, se assiste a um crescimento notório da implementação dos meios alternativos em apreço, concretamente da mediação e da arbitragem ⁴⁴, sobretudo pelo dinamismo do poder público: aparecem os centros de arbitragem, designadamente no âmbito dos conflitos de consumo, seguidos da criação, em 2001, dos julgados de paz onde também se promove mediação, e, mais recentemente, as sistemas públicos de mediação familiar, laboral e penal, sem esquecer alterações pontuais no domínio da legislação substantiva e processual, aspectos que desenvolveremos adiante.

⁴¹ A figura dos “tribunais multi-portas”, surgida nos EUA na década de oitenta, tem na base a ideia de, num único local de justiça, existirem vários serviços alternativos para a resolução de litígios.

⁴² Gouveia, Mariana França, obra citada, pág. 26.

⁴³ De anotar a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio, em matéria civil e comercial, que desenvolveremos adiante.

⁴⁴ Falar de arbitragem conduz-nos a alcances distintos: uma é a arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de litígios nacionais, dita *ad hoc*. Outra realidade institucional é a arbitragem comercial internacional.

3. Os Meios Alternativos de Resolução de Litígios.

Em regra, a doutrina tem apontado como meios alternativos de resolução de litígios a arbitragem, a conciliação e a mediação, sendo que, quanto aos julgados de paz, há doutrina que entende que os julgados de paz não são susceptíveis de ser classificados como meios alternativos de RAL porquanto funcionam como instâncias decisórias semelhantes aos tribunais judiciais tradicionais ⁴⁵.

Do mesmo modo, há quem conteste à arbitragem a qualificação de meio de RAL, conforme anotamos atrás, em virtude de a característica da voluntariedade ser apenas visível na fase inicial (convenção de arbitragem) desenvolvendo-se depois num âmbito que é em tudo igual ao do discurso jurídico tradicional ^{46 47}. Isto para além de que, a arbitragem é um meio deveras antigo ⁴⁸, institucionalmente pesado em face dos demais meios de RAL.

A este propósito, o do específico peso e lugar dos vários meios de RAL, é de anotar, também, o modo como é vista e entendida a negociação. De facto, nem toda a doutrina lhe reconhece autonomia como meio de RAL, vendo-a até mais como uma simples fase, um interlúdio do meio que, esse sim, resolve o diferendo, como é o caso da mediação ⁴⁹.

⁴⁵ Nesse sentido, Silva, Paula Costa e, obra citada, pág. 15.

A *contrario*, Gouveia, Mariana França, que defende que os julgados de paz devem ser classificados como meios de RAL porque, ainda assim, a sua linguagem é idêntica (obra citada, pág. 22)

⁴⁶ Em sentido contrário, Gouveia, Mariana França, obra citada, pág. 92, que entende que o facto de a arbitragem não ser judicial em sentido estrito, apesar de tudo lhe confere a qualidade de meio de RAL

⁴⁷ A função jurisdicional é confiada pelas próprias partes, o juiz árbitro não age no exercício de uma função pública (a cláusula compromissória): nesse sentido Jarrosson, citado por Poudret e Besson, in Mendes, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, consultado em 22-08-2013 em <https://www.google.pt/#q=introdu%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0s+pr%C3%A1ticas+arbitrais> : “Assim, Jarrosson consagrou a sua tese de doutoramento à questão e, depois de uma análise detalhada da doutrina e da jurisprudência, chega à definição seguinte (...): «A arbitragem é a instituição através da qual um terceiro resolve o diferendo que opõe duas ou mais pessoas, exercendo a missão jurisdicional que lhe foi confiada por estas». Convirá ainda precisar que este terceiro age a título privado, e não no exercício de uma função pública.”

⁴⁸ Em Portugal, a mais antiga sentença arbitral proferida data do ano de 1304 : em 8 de agosto de 1304, na vila saragoçana de Torrellas, o rei Dinis I de Portugal, o Arcebispo de Saragoça, Jimeno de Luna, em nome do Reino de Aragão, e o infante João de Castela "o de Tarifa", representando a Castela, publicaram as cláusulas da Sentença Arbitral de Torrellas. O propósito da negociação era pôr fim às disputas entre o reino de Castela e o reino de Aragão pela posse do reino de Múrcia (consultada em 22-08-2013 em http://pt.wikipedia.org/wiki/Senten%C3%A7a_Arbitral_de_Torrellas)

⁴⁹ Gouveia, Mariana França manifesta entendimento divergente, sobretudo tendo em conta a negociação pura, sem intermediação de terceiros. No mais, admite a negociação como parte integrante de outros meios de RAL, como a mediação (obra citada, pág. 20 e 21)

Mediação que, também ela, é susceptível de ser vista ora como um meio autónomo e único, ora como uma desdobrável “*mediação facilitadora*”⁵⁰, ou mesmo como um meio que ora se funde com a conciliação ora se afasta dela⁵¹.

Para além disso, a mediação, especialmente a “facilitadora”, toca muito de perto a negociação (como vimos, não isenta de interpretações divergentes), em especial se a perspectivarmos como meio de RAL que se foque nos interesses das partes⁵² em conflito.

Ao procurar conciliar interesses e não direitos *strictu sensu*, a mediação alarga o leque de possibilidades na pacificação do conflito. E até pode vir a implicar a não aplicação da lei.

Para além dos tipos acima referidos, que são os mais comuns e com mais visibilidade, outros há, sobretudo nos países anglo- saxónicos^{53 54}, o que claramente atesta a flexibilidade do conceito que, afinal, vai sempre inspirando novas modalidades.

Passemos em revista algumas dessas figuras:

A “early neutral evaluation”, avaliação prévia independente, implica a intervenção de um profissional neutral, que, na posse dos pontos relevantes do conflito, fornecido pelas partes, emite uma opinião não vinculativa mas credenciada sobre o mérito das pretensões. Esta avaliação prévia fará as partes ficarem elucidadas quanto ao eventual sucesso ou falência da sua posição numa acção judicial, pesando muito, com certeza, como via para negociações ulteriores.

O “mini- trial”, mini julgamento, bem como a sua variante “summary jury trial” ou tribunal sumário com júri, consoante se está perante um terceiro neutral

⁵⁰ Em Portugal a mediação é, em regra, de carácter facilitador

⁵¹ Neste último caso, quando a conciliação acontece sem a intervenção de terceiros (Mariana França Gouveia, obra citada pág. 21)

⁵² Embora possa colocar-se na perspectiva dos direitos. Aí, aproxima-se do posicionamento tradicional judicial.

⁵³ Brown , H. e A. Marriott, obra citada, páginas 17 a 19.

⁵⁴ Wilde , Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, páginas 21 a 24, elencam inúmeras modalidades, muitas delas semelhantes entre si e nas quais as partes se revêm: é o caso dos Mini e Private Trial, do Court Annexed Arbitration, do Summary Jury Trial, Neutral Listener, Neutral Expert Factfinding e Non binding ex parte adjudication of patente disputes or trade secrets misappropriation..

individual ou uma simulação de um júri, consiste precisamente em simular um julgamento, onde as partes apresentam e são discutidas as suas pretensões, mas que não termina com uma decisão, muito menos de natureza vinculativa. E, antes de o terceiro dar a sua opinião acerca de qual poderá vir a ser uma decisão daquela causa em tribunal, é tentado um acordo.

Tem a virtualidade de ajudar as partes a clarificar os contornos do seu conflito, situando-se com mais realismo no centro das questões, o que as leva, muitas vezes, a resolver o conflito por via de acordo de imediato às alegações ou então após tomarem conhecimento daquela opinião do terceiro neutral.

Outra modalidade a anotar é a “med- arb”, mediação- arbitragem, que combina ambas as figuras. As partes acordam em submeter o conflito à intervenção de um mediador e aceitam que, nos pontos em que não haja concórdia, o mediador actue como árbitro, podendo mesmo o árbitro não coincidir com o mediador.

Uma instituição que, não sendo propriamente um meio de RAL, tem sido bem sucedida: é o “Multidoor Courthouse”, na designação acolhida entre nós “Tribunal Multi- Portas”. Trata-se de uma estrutura multidisciplinar, a qual põe à disposição do cidadão, quer meios alternativos de resolução de litígios quer mesmo o tribunal judicial, caso o interessado entenda que mais se adequa à sua pretensão.

Do ponto de vista da articulação da mediação com a via judicial, é um sistema com algumas semelhanças com os nossos julgados de paz.

Trata-se, portanto, de meios que de algum modo combinam, adaptam ou se inspiram, em figuras de RAL como a mediação, a arbitragem e até a conciliação.

A fechar o leque, há doutrina que, como vimos acima, defende que a qualificação e designação dos referidos meios como “alternativos” afinal não é pacífica, já que o critério que há-de estar na base da escolha do meio é o da

adequação e não o da alternatividade ⁵⁵, insistindo mesmo nominá-los de meios alternativos no sentido de que são formas de “aliviar” a tensão dos tribunais judiciais só contribui para o seu desprestígio e, até, desqualificação ⁵⁶.

3.1. Breve noção dos meios com maior evidência em Portugal, além da Mediação

Já afloramos que todos estes meios têm em comum, numa abordagem simplificada, formas de resolução privada dos conflitos, em que a decisão não é imposta pelo poder judicial do Estado mas resulta, em maior ou menor grau, de um exercício de autonomia das partes.

Passemos, então, para delimitação da figura da mediação de que nos ocupamos, a uma breve análise conceitual das figuras com maior evidência entre nós no âmbito dos meios de resolução de litígios por esta via, como é o caso dos julgados de paz, da arbitragem, da conciliação e da mediação:

3.1.1. Julgados de Paz: um caso específico.

Previstos no artº 209º nº 2 da Constituição, os julgados de paz constituem uma modalidade de justiça pública. São, efectivamente, tribunais mas que, como diz Cardona Ferreira, “conjugam tradição e originalidade, informalidade e organicidade institucionalizada”, traduzindo uma instituição alternativa de

⁵⁵Silva, Paula Costa e, obra citada, pág. 34 a 35: “*cumpro perguntar se conciliação, mediação, arbitragem e julgados de paz são verdadeiramente meios e se são realidades de ordem idêntica. Cremos que ambas as questões merecem resposta negativa. A expressão “meios alternativos” logo nos remete para uma relação. Uma coisa só é alternativa por referência a outra, a alternatividade não é uma qualidade absoluta. (...) Só haverá livre escolha se todos os meios em concurso forem funcionalmente equivalentes. Se a Justiça pública não é, nem eficiente, nem acessível, (...) os meios chamados de alternativos acabam por ser meios necessários e inevitáveis, minando-se a respectiva legitimidade com a supressão da liberdade de escolha efectiva, fundada no único critério que lhe deve presidir: o da adequação.*”

⁵⁶ Silva, Paula Costa e Silva, obra citada, página 36 e 37: “*Pior ainda: arbitragem, conciliação e mediação são vistas como saídas possíveis para um sistema de justiça em crise. É, supomos, a atitude menos adequada quando se pretende a sua promoção. Com efeito, só se forem entendidas como boas em si – e não como boas por referência a um sistema que não dá resposta atempada aos problemas dos cidadãos – é que tais formas de resolução de conflitos poderão granjear confiança e aceitação (...) Ora, só haverá livre escolha se todos os meios em concurso forem funcionalmente equivalentes (...)*”

resolução de litígios que tem inúmeros antecedentes em Portugal ⁵⁷ ⁵⁸ e que, na actualidade, expressamente prevista na Lei Fundamental a par dos tribunais arbitrais, não representa mais do que uma modalidade “recuperada” na história judiciária portuguesa.

São, pois, tribunais não judiciais ⁵⁹, sendo que a justiça praticada nos julgados de paz é uma justiça alternativa, diferenciada da justiça praticada nos tribunais comuns. Desde logo porque, no contacto com o cidadão, assenta na proximidade e na simplicidade, usando a mediação e a conciliação como meios potenciadores da resolução do conflito por via de acordo – o que traduz a promoção de uma visão não adversarial do conflito.

O artº 2º da Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 78/2001 de 13/07, hoje alterada pela Lei nº 54/2013 de 31 de Julho)estabelece os princípios regra que deverão estar na base da actuação destes tribunais:

⁵⁷ No dizer do referido autor, Ferreira, J. O. Cardona “Julgados de Paz- Cidadania e Justiça. Do Passado, pelo Presente para o Futuro”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 23, Novº/Dezº 2002: “(...) E ainda que eu pense que os Meios ditos Alternativos vêm dos confins da História, mesmo anteriores à Nacionalidade, permitam que transcreva uma anotação de Dias Ferreira ao artº 134º da chamada Novíssima Reforma Judiciária (Decreto de 21.05.1841), que se referia a Juízes de Paz e à sua institucionalização: “A instituição dos Juízes de Paz, como avindores, isto é, como concertadores de demandas ou de desavindos, tem entre nós uma existência de séculos, pois que data do tempo de el-rei D. Manuel I que lhe deu regimento em 1518, deferindo ao pedido que em 1481 lhe haviam feito as cortes em Elvas”. A instituição dos Juízes de Paz ou dos Julgados de Paz, tem tido assento, inclusive, nos textos constitucionais portugueses, com um ou outro nome(...). A primeira Constituição Política, a de 1822, referia-se-lhes sob a expressão Juízes de Facto(artº 177º). Mas, na Carta Constitucional de 1826(artº 129º), já aparece a expressão Juízes de Paz, repetida na Constituição de 1838(artº 124º). E, embora não expressos na Constituição de 1911, esta viabilizou-os, de modo que prosseguiram e os Julgados de Paz continuaram a ser reflectidos, inclusive, no artº 155º do Estatuto Judiciário de 1928. A própria Constituição de 1933 fazia referência a Juizes de Paz(artº 155º,2) que, porém, deixaram de ser aludidos em revisão constitucional de 1945(artº 116º), donde, creio, um certo apagamento, não suficientemente colmatado pelos chamados Tribunais Municipais, ainda que, curiosamente, o Estatuto Judiciário de 1962 tenha continuado a falar em Juízes de Paz, basicamente ao nível das freguesias(artº 2º nº 3). Quanto à Constituição da República Portuguesa de 1976, é com a revisão de 1997 que se reintroduz, na Lei Fundamental, a figura dos Julgados de Paz, o que foi aprovado pela unanimidade da Assembleia da República, embora os Julgados de Paz tivessem sido previstos logo pela Lei 82/77 de 06/12 e por um DL de 1979(nº 539/79 de 31/12) que viria a não obter ratificação da Assembleia da República.(...)”

⁵⁸ Coelho, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e mediação de conflitos*, , Âncora Editora, (2003), Lisboa, páginas 13-47, pág 13, encontra menções ainda mais remotas à figura dos juízes de paz :” no *Código Visigótico* (ano 506 d.c.), referência aos defensores ou assertores pacis, importante corpo de magistrados investidos por especial autoridade real, com a prerrogativa de “fazer e manter a paz”. E também o *Fuero Juzgo* faz referência ao mandadeiro de paz, ao qual competia conciliar as partes, intervindo apenas em certas causas pré-determinadas pelo Rei, quando a importância das mesmas ou dos litigantes envolvidos fazia recluir perturbações. Outros indícios históricos encontram-se nos forais dos concelhos portugueses da Idade Média, como o da vila acastelada de Caja (1260), onde pode ler-se: “o injuriado dê tréguas ao ofensor e recebe a satisfação por autoridade do dito juiz e vizinhos, e não traga parentes ou amigos de fora, salvo dando trégua e chamando-os para árbitros de paz.””

⁵⁹ Ver nota 45 supra.

-participação.

Ao invés do que sucede no âmbito dos tribunais judiciais, em que as partes raramente intervêm e são mantidas à distância por via da sua representação em juízo por um profissional forense⁶⁰, nos julgados de paz apela-se à participação das partes. Trata-se, afinal, de uma certa inversão de entendimento ou de posicionamento: o direito processual civil tradicional entende que as partes não estão aptas, elas próprias, a tratar do seu litígio; a justiça de proximidade que define os julgados de paz apela precisamente ao contrário: em princípio, as partes são quem melhor percepção tem da amplitude do seu diferendo e da melhor forma de o pacificar. Isto sem prejuízo de o juiz de paz vir a ter de decidir por sentença, caso aquele entendimento não seja alcançado.

O que acima vai dito, não exclui o exercício do mandato forense no âmbito dos julgados de paz.

-Estímulo ao acordo ou auto-composição.

Trata-se de um princípio, e objectivo, que decorre da regra anterior, naturalmente. A parte participa activamente no processo, mantém-se informada, intervém dando a sua contribuição para a resolução do caso. Relevam aqui, portanto, as figuras da mediação e da conciliação.

-Simplicidade, adequação, informalidade, oralidade, economia processual

⁶¹.

De todos, o único que não é comum ao processo civil tradicional é o princípio da informalidade, intimamente ligado à justiça de proximidade que caracteriza os julgados de paz⁶².

⁶⁰ Todo o processo civil é orientado nesse sentido. Mesmo quando as partes são chamadas a intervir pessoalmente, tal deve-se, as mais das vezes, ao objectivo de promoção da tentativa de conciliação (veja-se o estabelecido para a audiência prévia no artº 591º nº 1 alínea a) e para a audiência de julgamento no artº 604º nº2 do CPC de 2013).

Mesmo o depoimento de parte veio sendo muito limitado (artº 552º e 553º CPC em vigor até 31/08/2013), suscitando agora a lei nova uma maior abertura (artº 452º e seguintes do actual CPC, com especial anotação para o artº 466º que prevê a possibilidade de declarações da própria parte).

⁶¹ Lebre de Freitas, José, , *Introdução ao Processo Civil -Conceito e Princípios Gerais*, (2009) ,Coimbra Editora

⁶² Ferreira, J. O.Cardona, *Julgados de Paz- Organização, Competência e Funcionamento*, Coimbra Editora (2001), pág. 19 e seguintes.

3.1.2. Arbitragem: institucionalizada e *ad hoc*.

“A Arbitragem é, ou não, caminho da Justiça?” “Vale a pena? Bem lhe quero? Muito, assim- assim ou nada? (...) Creio firmemente que, na arbitragem, se verificam potencialidades- como os séculos que leva de existência atestam – para cumprir estes pressupostos. Como assim e, nuclearmente, porque pode realizar paz justa, na observância de regras éticas e legais nos casos concretos, reconheço que, para além do crisma legal, é um caminho de Justiça. Ou seja, reponderando a frase de Benjamin Disraeli com que comecei estes apontamentos, é um conjunto de acções, uma actividade , que pode conduzir à verdade e, com ela, à paz”⁶³.

Regulada, essencialmente, pela Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro, designada pelo próprio diploma como Lei da Arbitragem Voluntária, a arbitragem em questão, dita voluntária, representa um modo de resolução de litígios em que as partes, de comum acordo, confiam a terceiros a decisão sobre o seu conflito.

É, portanto, um meio qualificável como adjudicatório, já que, como se referiu, a decisão é cometida a um ou mais árbitros, sendo tal decisão vinculativa e, mais ainda, executável⁶⁴.

Da definição supra resulta, por um lado, o carácter impositivo ou jurisdicional da arbitragem, e, por outro, o seu lado autónomo, decorrente da autonomia privada das partes.

Esta autonomia é patente em vários aspectos do seu regime, designadamente:

é por decisão das partes que o litígio é submetido à decisão arbitral, através da convenção de arbitragem, documento que ambas subscrevem. Se o acordo disser respeito a um litígio concreto, o referido acordo designa-se compromisso arbitral. Se o acordo visar eventuais litígios futuros decorrentes de uma dada relação jurídica, designa-se de cláusula compromissória.

⁶³Ferreira, J. O. Cardona, “Arbitragem: Caminho da Justiça? Perspectiva de um magistrado judicial.(...)”, *O Direito* 141º(2009), II páginas 271 a 287.

⁶⁴ Tão vinculativa que, como aduz Mariana França Gouveia, obra citada, pag. 91: “(...) *A Arbitragem aproxima-se do padrão judicial tradicional , sendo jurisdicional nos seus efeitos: não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição dos tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva. (...)*”

Não obstante, as partes são livres de revogar a convenção quando o entenderem, até à decisão arbitral.

A acrescentar, as regras a que o processo deverá obedecer, bem como o lugar do foro, também são fixáveis pelas partes, as quais também têm o domínio do prazo para a sua conclusão, se o quiserem.

Ainda, desde que as partes o permitam, os árbitros podem julgar segundo a equidade, caso contrário decidirão de acordo com a lei.

Finalmente, a Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro veio regular, entre outros, um aspecto em que a anterior Lei nº 31/86 de 29 de Agosto era omissa: a questão da tutela cautelar ⁶⁵. É agora assumida no âmbito da arbitragem, no capítulo IV da Lei, com uma considerável amplitude.

De notar que, a ambivalência autonomia – jurisdicionalidade presente na figura da arbitragem suscita entendimentos diversos quanto à sua natureza jurídica.

É assim que, para os adeptos de uma visão jurisdicional estrita, a decisão do árbitro é a decisão de um juiz, de uma autoridade judicial, plenamente independente das partes, donde resulta que a arbitragem tem natureza jurisdicional.

⁶⁵ Capelo, Maria José, *A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in Estudos de Direito do Consumidor, nº 1, (1999), Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 101-116, pág. 103, já então suscitava esta questão: “Será pertinente referir, perante a ausência de imperium, a controversa questão de saber se a parte interessada pode requerer, nos tribunais arbitrais, tutela cautelar. O Decreto-Lei nº 243/84 de 17 de Julho (revogado pela referida Lei 31/86) limitava-se a afirmar que “não implica renúncia à convenção de arbitragem o requerimento de qualquer procedimento cautelar dirigido ao tribunal judicial”. Isto fazia pressupor que os procedimentos cautelares eram prerrogativa dos tribunais judiciais. Estranhamente, a actual lei de arbitragem voluntária nada diz sobre este assunto. No Código de Processo Civil italiano, artº 818º, diz-se claramente que os árbitros não podem decretar o arresto, nem outras providências cautelares. Tal questão não é pacífica. Um breve relance por outros ordenamentos leva-nos a constatar um entendimento diverso dos poderes dos árbitros. A Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, aprovada em Viena em 1985, prescreve um regime opcional em matéria de medidas cautelares (...). O regulamento de tutela cautelar pré-arbitral (Référé pré-arbitral) da Câmara de Comércio Internacional admite a designação de um terceiro como poder de ordenar medidas cautelares com carácter de urgência (...). Também, em Maio de 1998, foram introduzidas alterações nas disposições do Código de Processo Civil belga, relativas à arbitragem, permitindo-se (...) que o tribunal arbitral possa decretar medidas cautelares a pedido de uma parte, com excepção do arresto (saisie conservatoire). Estaremos perante um novo enquadramento dos poderes dos árbitros? Até onde irá este processo de autonomização da justiça arbitral? Afigura-se-me que esta questão merecerá uma profunda reflexão e estudo no contexto português.”

No contraponto, defendem os contratualistas que a decisão do árbitro radica no vínculo contratual que a autonomia das partes quis atribuir-lhe, funcionando o árbitro, assim, como representante ou mandatário das partes – donde resulta que, a nota jurisdicional da decisão arbitral só acontece com a homologação judicial.

Numa visão ainda mais afastada, há também quem defenda que a arbitragem se situa num nível puramente processual ⁶⁶.

Maioritariamente, contudo, tem sido defendido que, pelo menos quanto à arbitragem voluntária, esta tem uma natureza mista, sendo que “o árbitro julga, mas não exerce as funções públicas de um juiz” ^{67 68}.

A arbitragem funda-se na convenção de arbitragem, mas desenvolve-se como actividade jurisdicional e termina com uma decisão com eficácia jurisdicional ⁶⁹.

Em rigor, o contrato ou convenção, que chancela a origem privatística da arbitragem, também é a fonte dos poderes jurisdicionais exercidos, delimitando, em grande parte, os poderes atribuídos ao decisor, condicionando o próprio regime da arbitragem e a integração das lacunas da lei.

A arbitragem, enquanto meio de resolução de conflitos, pode efectivar-se ora através de uma instituição criada para o efeito (como é o caso dos centros de arbitragem), ora por via de um tribunal arbitral criado especificamente para a solução de um litígio concreto, que apenas existe para o tratamento deste e se extingue uma vez proferida a decisão arbitral.

⁶⁶Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, (2010), pag. 45.

⁶⁷Gouveia, Mariana França, obra citada, pag. 92

⁶⁸ Vicente, Dário Moura, “A Directiva sobre a Mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (Ano 2008), Almedina, página 127: “*Desta figura (mediação) distingue-se a arbitragem: diferentemente do árbitro, o mediador não julga um litígio, limitando-se (quando muito) a propor uma solução para o mesmo, que as partes aceitam ou não, conforme entenderem.(...) A mediação é assim um meio de auto-regulação de litígios(...). Diferentemente, o processo arbitral culmina numa decisão(...). Há, pois, nesse processo uma heteroregulação do litígio*”.

⁶⁹ Daí o dizer-se, como refere a mesma autora, pag 92 da obra citada, “a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função”.

No primeiro caso, lidamos com a arbitragem dita institucionalizada, a qual, no nosso país, foi dinamizada através da Lei nº 31/86 de 29/08, depois alterada pontualmente pelo DL nº 38/2003 de 08/03, e agora regulada substancialmente pela Lei nº 63/2011 de 14/12.

São exemplos deste tipo de arbitragem, entre nós, o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, os centros de arbitragem de consumo, o centro de arbitragem relativo à propriedade industrial (Arbitrare), o CAAD (centro de arbitragem administrativa).

Internacionalmente, a nível de arbitragem comercial e com alcance mundial, já que administram arbitragens em qualquer local, têm relevância a Câmara de Comércio Internacional com sede em Paris, o London Court of International Arbitration com sede em Londres, o American Arbitration Association com sede em Nova Iorque.

3.1.3. Conciliação

Basicamente, a conciliação traduz uma forma, qualquer que ela seja, de as partes alcançarem, voluntariamente, uma solução para o conflito que as opõe, mediante a intervenção de um terceiro que (e esta é uma nota importante) participa activamente na busca e tratamento da própria solução.

O conciliador adopta, portanto, uma posição activa, propondo, trabalhando conjuntamente com as partes na busca de uma solução, estimulando-as para que cheguem voluntariamente a um acordo.

Falamos, pois, de conciliação enquanto técnica de RAL e (ainda) não de conciliação jurisdicional, embora a doutrina não reaja pacificamente a esta definição.

Há doutrina que admite a conciliação na perspectiva de técnica de RAL⁷⁰, vendo algum interesse na sua distinção da figura próxima que é a Mediação precisamente porque esta trabalha o conflito em termos absolutos (procurando ajudar as partes a encontrarem, elas próprias, uma solução que satisfaça

⁷⁰Vezzulla, Juan Carlos, *Mediação -Teoria e Prática. Guia para Utilizadores e Profissionais*, Agora Publicações, Lda, Lisboa, (2001), pag 83 a 95.

plenamente os seus interesses) enquanto aquela poderá trabalhar o conflito, mediante intervenção directa e proactiva do conciliador, atingindo resultados apenas parcialmente satisfatórios, mas ainda assim preferíveis ao conflito^{71 72 73}.

Mas também há doutrina que, pura e simplesmente, defende que a conciliação puramente técnica não tem qualquer existência autónoma, não é susceptível de ser distinguida da mediação⁷⁴.

Também há quem as “conjugue”: na expressão de Cardona Ferreira ⁷⁵(..) *Não confundo mediação e conciliação, só que não as tenho, “formalisticamente”, em compartimentos estanques: conjugo-as. (...)A propósito da mediação, existe, em verdade, a questão de distingui-la, conceptualmente, da conciliação(...) é corrente dizer-se que o conciliador tem um papel mais activo que o mediador, sugerindo soluções, enquanto que o mediador apenas aproximaria os interessados, dos quais brotariam as soluções possíveis. Tenho, para mim, que o rigorismo conceptualista é antinómico dos meios alternativos de justiça e, mais ainda, dos não decisórios, como é o caso .Em verdade, creio que mediação e conciliação não podem deixar de ser, na vida real, conjugadas. (...) Concordo que*

⁷¹Gouveia , Mariana França , obra citada, pag. 81: “(..) utiliza-se, por vezes, a expressão conciliação para se referirem as tentativas de obtenção de acordo feitas por terceiros independentes que não têm qualquer poder decisório no caso. Este tipo de conciliação ocorre em alguns centros de arbitragem institucionalizada, designadamente na área do consumo. A conciliação é desenvolvida por profissionais com conhecimentos técnicos (normalmente jurídicos) sobre o assunto em disputa. O terceiro conduz o processo conjuntamente com as partes, propondo soluções para o conflito (...). Estes procedimentos distinguem-se da mediação facilitadora na medida em que, primeiro, não se limitam a facilitar a comunicação entre as partes, incluindo avaliações do caso e propostas de acordo; segundo, não se baseiam necessariamente nos interesses, mas nos direitos; terceiro, e talvez mais determinante, não têm de ser conduzidos por um mediador treinado.”

⁷² Ver infra, a este propósito, Brito, Paulo, *A mediação nos julgados de paz portugueses*, (2007), Lusíada, Série II, nº 4-5, Universidade Lusíada Editora.

⁷³ Em sentido algo diverso, Dário Moura Vicente, obra citada, página 127: “Mais complexa é a delimitação de mediação relativamente à conciliação. Entre nós a lei parece reservar ao mediador um papel mais activo do que aquele que pertence ao conciliador, na medida em que, pelo menos em certas matérias, só ao primeiro compete apresentar propostas de acordo ou recomendações às partes desavindas; o conciliador limita-se a estimular o diálogo entre elas. Noutros sistemas jurídicos, como o alemão, é antes o conciliador quem influencia mais decisivamente a composição do litígio. Não falta, por outro lado, quem sublinhe que só o conciliador exerce poderes de autoridade, sendo o mediador apenas o prestador de um serviço. Assim sucede, também entre nós, na conciliação promovida pelos tribunais. Seja como for, parece-nos que estas figuras designam a mesma actividade fundamental e visam os mesmos objectivos precípuos. Entre a mediação e a conciliação existirá porventura uma diferença de grau, mas não de natureza, na intervenção cometida a terceiros, tendo em vista a resolução de um litígio.”

⁷⁴ Brown , Henry e Arthur Marriott, obra citada, página 138.

⁷⁵ Ferreira, J. O. Cardona “Sistemas de Justiça e Mediação”, in *Revista da Faculdade de Direito da UNL, Themis*, Ano VI, nº 11, (2005), páginas 189 a 199.

a mediação é a parte submersa do iceberg. Diria que a base, o fundo do iceberg, é a inicial desavença; e a parte visível do iceberg é o resultado da mediação, a saber, conciliação ou a ausência dela ou, melhor dizendo, de desejável reconciliação. (...) E, posto isto, não confundo mediação e conciliação. Pelo contrário. O que, também, tenho presente é que a mediação tem êxito quando obtém conciliação. E o conciliador, para ter êxito, tem de realizar mediação”.

Há também doutrina que defende que a conciliação só o é se tiver carácter jurisdicional ⁷⁶, isto é, se for realizada por quem decide. A conciliação será, pois, “o conjunto de diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes” ⁷⁷.

Ora, a conciliação já é nossa conhecida no âmbito do direito processual civil (e mesmo de outros processos específicos, como é o caso, por exemplo, do processo judicial laboral ou mesmo de outros aos quais se aplique subsidiariamente a lei processual civil) praticado nos tribunais estaduais.

Falamos, assim, da conciliação judicial, prevista, no actual CPC, no artº 594º (anteriormente no artº 509º, no âmbito da audiência preliminar) e também no artº 604º nº 2 (antigo 652º nº 2) no âmbito da audiência final de julgamento, como diligência a levar a efeito obrigatoriamente pelo juiz ⁷⁸.

Como quer que seja perspectivada, a conciliação, sobretudo a jurisdicional, deve ser autonomizada das demais figuras, também como meio alternativo de RAL:

⁷⁶Campos, Joana Paixão, *A Conciliação Judicial*, Dissertação de Mestrado Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, (2009), pág. 14.

Wilde, Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, páginas 35.

⁷⁷Gouveia, Mariana França, obra citada, pág. 83.

⁷⁸ Brito, Paulo, in “A mediação nos julgados de paz portugueses”, *Lusíada*, Série II, nº 4-5(2007), Universidade Lusíada Editora, pag.277, a propósito de considerações em torno do conceito de “conciliação”, lembra que, como referem, por todos, J. Oliveira Ascensão in “O Direito, Introdução e Teoria Geral, Almedina, 2002 pag. 211 e A.M.P. Vaz “Direito Processual Civil-Do Antigo ao Novo Código, Almedina 2002, pag. 267-270, “(...) a conciliação judicial encontra-se indissociavelmente ligada ao conceito de equidade, ou seja, o juiz, através de critérios de justiça, adapta ao caso concreto a norma preestabelecida e aplicável, de modo a solucionar o litígio de forma que entende como mais justa. A promoção do acordo entre as partes é, assim, vista como uma função inerente ao exercício do poder jurisdicional. (...). E acrescenta: “A conciliação é o passo que leva a uma mais fina aplicação do Direito, move-se na e alcança a mais completa quadrícula do ordenamento: é própria de um juiz assistencial.”

difere da arbitragem, pois o conciliador/decisor, na qualidade estrita de conciliador, não decide e antes procura que as partes cheguem a um entendimento.

E também difere da mediação ⁷⁹, sobretudo por três ordens de razões: as partes não têm o pleno domínio do processo, por um lado, e por outro o conciliador/decisor acaba por ser uma parte interessada. De facto, pressupondo a conciliação que as partes estão perante quem decide, então não têm o pleno domínio do processo, sabem que aquela entidade é quem decide o conflito, e isso condiciona-as naturalmente.

Por outro lado, o conciliador/decisor também pode ter interesse directo na solução obtida por conciliação (fica com menos um processo para decidir por via de sentença, que o mesmo é dizer, tem menos trabalho).

Finalmente, a conciliação não pressupõe a característica da confidencialidade que é constitutiva da figura da mediação ⁸⁰.

E, precisamente, discute-se hoje se, no âmbito da arbitragem, poderá haver lugar à conciliação. Afinal, trata-se de conciliação jurisdicional: o árbitro, à semelhança do juiz no tribunal judicial, tem poderes para levar a efeito a conciliação?

A questão prende-se com a problemática da independência e do risco de coacção sobre as partes em litígio. Aliás, esta última vertente sempre subjaz às preocupações inerentes ao exercício da conciliação ainda que no âmbito da jurisdição estadual: quer queiramos quer não, o simples facto da presença do juiz, a sua intervenção activa na tentativa de alcançar um entendimento, são intimamente condicionadores das partes. De qualquer modo, a grande maioria

⁷⁹ Leia-se, a este propósito, a opinião de J.O. Cardona Ferreira, no já citado “Julgados de Paz- Cidadania e Justiça. Do Passado, pelo Presente para o Futuro”, in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 23, Novº/Dezº 2002, pag. 2 e 3: “(...)Naturalmente, Mediação e Conciliação não são o mesmo(...)discordo de quem põe o assento tónico distintivo entre menor intervenção do mediador e maior intervenção do conciliador. Tenho, para mim, que a essência da discussão deve radicar na essência dos procedimentos e não na forma e, mais concretamente, na circunstância da Mediação ser um meio virado para a procura de um fim, a Conciliação. Esta pode ser restrita a um certo litígio ou, desejavelmente, abrangente de situações de convivência, de restauração de bem estar: é este o sentido da moderna justiça restaurativa(...)”

⁸⁰ Vicente, Dário Moura, obra citada, páginas 128 a 130, dá nota da significativa relevância que a conciliação e a mediação têm vindo a assumir, como via de composição de litígios, nas sociedades que tradicionalmente mais se afastam do recurso aos tribunais estaduais, como será o caso da China e do Japão. E para além disso, refere ser notório o aumento exponencial de oferta de serviços de conciliação e de mediação por parte de instituições que antes se orientavam essencialmente para a arbitragem, atento o baixo custo e o risco mínimo associado.

das ordens jurídicas têm reconhecido que as vantagens da conciliação judicial superam largamente estes riscos ⁸¹.

De qualquer modo, a este propósito, anotam-se essencialmente, duas correntes distintas: acentuando a tónica da inultrapassável imparcialidade, há quem, admitindo o exercício da conciliação, defenda que o juiz que presida à conciliação não deverá ser o mesmo que julgará a questão; e também há quem propugne que a conciliação levada a cabo pelo juiz que, a final, há-de julgar a causa, será a via mais eficaz de conseguir o acordo das partes.

Em Portugal, concretamente, está consignada a tentativa de conciliação conduzida pelo juiz em vários momentos da tramitação processual civil. Só a título de exemplo, vejam-se as normas dos artº 594º, 591º nº 1 alínea a), 604º nº 2, todos do CPC, sem esquecer o regime insistente de outras áreas específicas como é o caso do processo judicial laboral, cujas acções declarativas comuns, aliás, cedo tramitam uma audiência de partes cujo objectivo é claramente o da conciliação.

No contexto da arbitragem, porém, a Lei da Arbitragem Voluntária nada diz expressamente sobre esta questão. Consigna, no seu artº 41º nº 1, a possibilidade de as partes terminarem o litígio por via de transacção, mas não faz qualquer referência ao modo de a atingir, designadamente, por via de actividade conciliadora do árbitro.

Há, contudo, normas internacionais que avançam a possibilidade de o juiz árbitro poder actuar como conciliador: é o caso das *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* e das *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* ⁸²: as primeiras admitem que um árbitro possa exercer a função de conciliador desde que as partes para tanto prestem o seu consentimento, renunciando assim à invocação de substituição caso a conciliação resulte

⁸¹ Gouveia, Mariana França, obra citada, página 83.

⁸² Gouveia, Mariana França, obra citada, página 84: “Embora estas regras permitam a actuação do juiz ou árbitro como conciliador, há diferenças importantes. A regra dos Princípios impõe às partes a obrigação de colaborar e atribui ao juiz um papel activo nessa conciliação. Para além disso, embora chame a atenção para a possibilidade de influência do juiz pelo que ouviu na conciliação, esclarece que esse facto não põe em causa, por si só, a sua capacidade para decidir, com imparcialidade, o litígio. Já as normas elaboradas para a arbitragem internacional são bem mais cautelosas. É exigido o consentimento das partes para que o árbitro possa conciliar, assim como é imposta ao árbitro a obrigação de renúncia caso sinta que o que aconteceu na conciliação o pode influenciar na decisão do litígio (...). Parece-me que (...) os árbitros devem ser cautelosos no exercício de poderes diferentes dos de decidir, pois foi esse o encargo que as partes lhe atribuíram. Assim, os árbitros apenas deverão exercer poderes conciliatórios se as partes lhes consignarem expressamente. Segue-se, aqui, a regra das IBA Guidelines acima referida.”

frustrada; as segundas admitem tal possibilidade desde que as partes solicitem tal intervenção.

4. A Mediação

4.1 Noção geral e enquadramento

4.1.1 A mediação como forma de solução de conflitos

O conflito é o foco da mediação.

Não quer isto dizer que ela não tenha de ir mais “atrás”, isto é, recuar às razões, necessidades ou interesses que fizeram estalar a desavença – como não raras vezes tem de o fazer, para assegurar a sua eficácia.

Ora, o conflito como tema intimamente ligado à integridade e, por conseguinte, ao equilíbrio do ser humano, tem sido estudado por várias ciências do conhecimento.

No que concerne, especialmente, às relações de contexto plural (ex^o países, sociedades ou empresas) uns definem-no como *“uma situação de concorrência, em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra”*, havendo também quem amplie esta definição à *“luta pelo poder que se manifesta na procura de todas as coisas”*, e ainda quem anote que é importante perceber que *“o conflito se pode revelar de duas maneiras: o conflito manifesto, que é aberto ou explícito, e o conflito oculto, que é implícito, oculto ou negado(...)”*⁸³, sendo da máxima importância conhecer e analisar este último para chegar ao conflito real.

Para além disto, atomisticamente, o ser humano, como indivíduo, é ele próprio sujeito de conflitos interpessoais, muitas vezes determinados por motivos

⁸³Boulding, Kenneth, Rummel,e Deutsch, respectivamente, in Vezzulla ,Juan Carlos, obra citada, pag 25 a 27

ocultos por detrás do conflito explícito, circunstância deveras relevante no contexto da mediação.

E, as mais das vezes, o indivíduo bate-se e debate-se entre o *“querer, dever, ser e procurar ser aceite”*⁸⁴, num emaranhado de contradições sobre o que realmente pretende, assente num défice de comunicação, e até de errónea perspectiva do seu interesse. A sua permanente busca de equilíbrio, neste contexto, acarreta-lhe uma angústia enorme: o medo de perder esse (ilusório) equilíbrio que é, ainda assim, o seu porto de abrigo, a sua visão mais próxima de felicidade.

Ora, o conflito surge, assim, no íntimo do sujeito, como o agente susceptível de operar a perda desse suposto equilíbrio, o que agrava ainda mais as suas contradições internas e potencia, no confronto com outro ou outros indivíduos, igualmente alvo de idênticas circunstâncias, o extremar de posições mal esclarecidas, confusas, preconceituosas e quantas vezes bem afastadas dos seus reais interesses.

Assim, as posições, contraditórias, aparecem como irremediavelmente incompatíveis e aparentemente sem solução, pelo menos à vista.

E é aí que a mediação actuará positivamente, ajudando os sujeitos a perspectivar o conflito de outros ângulos, ressaltando os seus aspectos positivos, equacionando saídas possíveis, diminuindo a angústia que o sentimento de eventual perda havia instalado. Neste ponto, estarão criadas as condições para promover e fazer crescer a cooperação que veiculará as chances de resolução da questão.

Por outro lado, os conflitos surgem em qualquer contexto, em qualquer área da vida.

Ora, há áreas em que o figurino da mediação - estritamente confidencial e íntimo, promotor de um melhor relacionamento e equilíbrio emocional, a menor custo e possivelmente em tempo adequado aos interesses das partes, com um resultado que seja satisfatório para ambas – se revela tendencialmente adequado: é o caso do contexto familiar, em questões como o divórcio ou a

⁸⁴Vezzulla, Juan Carlos, obra citada, pag. 28

separação, as divergências de entendimento quanto às responsabilidades parentais, conflitos familiares.

Será também o caso das questões de natureza ambiental, em que seja conveniente o restabelecimento da comunicação entre entidades públicas e associações, e é, definitivamente, o caso das questões laborais, algumas do foro penal e, até, do domínio do mercado de capitais.

4.1.2 A definição de mediação encontrada no contexto português

A mediação apresenta-se como um processo estruturado.

Através dele as partes em litígio procuram alcançar, voluntariamente, embora assistidas por um mediador (terceiro neutro e qualificado, que não expressará formalmente uma opinião sobre as possíveis soluções), um acordo para a resolução do seu diferendo.

As partes são convidadas a dialogar e a evitar confrontos. Elas escolhem a técnica de resolução do litígio e devem esforçar-se activamente para encontrar a solução que mais lhes convenha.

Esta era, até meados de Abril de 2013, a noção mais completa de mediação, contida na Lei dos Julgados de Paz ^{85 86}:

“A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um

⁸⁵ Wilde, Zulema D. e Luís M. Gaibrois, obra citada, pag 64, 65 e 44, apontam especificadamente à mediação as características de “confidencial”, “voluntária” e “flexível”, anotando-lhe inúmeras vantagens, decorrentes das ditas características, como o facto de ser amigável para as partes, decorrendo com o uso de linguagem simples, adaptável às circunstâncias e às pessoas, ocupada em preservar o relacionamento ao invés da sua destruição, capaz de produzir acordos criativos e até baseados no senso comum, sem retirar às partes o total controlo dos seus interesses ao longo de todo o processo, a custos comparativamente mais reduzidos do que os implicados no processo judicial e de forma mais rápida.

⁸⁶ Chumbinho, João, *Julgados de Paz na Prática Processual Civil*, Lisboa, (2007), Quid Iuris, página 69, afirma que a “definição só é válida(...) para a mediação realizada no Julgado de Paz mas cujo objecto não está abrangido na competência do Julgado de Paz (mediação extracompetência), visto que quando o objecto é abrangido pela competência deste Julgado, os acordos “não podem deixar de ter carácter judicial”. Em sentido contrário Carvalho, Jorge Morais, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”in *Julgar*, nº 15, (2011), Coimbra Editora, página 278

mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”⁸⁷.

Hoje, como veremos adiante, por força da “ Lei da Mediação”, Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, a noção de mediação é mais enxuta- já que as características e o regime se distribuem pelas normas da Lei - mas, básica e correspondentemente, conduzem a idêntico fim.

Diz hoje a Lei da Mediação, com carácter vinculativo geral, que se entende por “*Mediação a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”⁸⁸.

4.2 Antecedentes históricos mais relevantes da figura em Portugal

A referência primordial à Lei dos Julgados de Paz tem a sua razão de ser. De facto, não foi a sua primeira experiência, mas a mediação deve muito do seu crescimento e implementação àqueles tribunais.

A primeira experiência surge em 1993, por via da criação do Instituto Português de Mediação Familiar, que, munido de uma equipa multidisciplinar de magistrados, juristas, psicólogos e terapeutas, e em conjunto com o Centro de Estudos Judiciários, organizam o primeiro curso de formação de mediadores familiares (1994/1995), introduzindo-se, assim, em Portugal, os princípios da mediação na área familiar.

Mais tarde, em 1997, uma nova parceria dá corpo à institucionalização da mediação familiar: o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados criam o

⁸⁷ Artº 35º nº 1 da Lei nº 78/2001 de 13/07, hoje revogado.

⁸⁸ Artº 2º alínea a) da já mencionada Lei da Mediação.

Gabinete de Mediação Familiar, a funcionar a título experimental em Lisboa, com a garantia de extrajudicialidade, voluntariedade, gratuidade, flexibilidade, confidencialidade e rapidez.

Abrangia os conflitos familiares entre progenitores com filhos menores em fase de divórcio ou separação, concretizando a sua acção em “*situações de conflito parental relativas à regulação do exercício do poder paternal, à alteração da regulação do exercício do poder paternal e aos incumprimentos do regime exercício do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa*”⁸⁹.

Aquela intenção de protecção da família e dos interesses da criança reforça-se em 1999, com a Lei nº 133/99 de 28 de Agosto, que adita o artº 147º-D à OTM^{90 91}.

Ainda em 1999, a Lei nº 166/99 de 14 de Setembro – Lei Tutelar Educativa – vem prever a possibilidade de recurso à mediação⁹².

De seguida, no mesmo ano, o DL nº 146/99 de 04 de Maio vem regular a resolução extrajudicial de conflitos de consumo, criando os princípios e regras a que obedecerá a criação e o funcionamento de entidades privadas para a sua implementação.

E o DL nº 486/99 de 13 de Novembro—que aprova o Novo Código dos Valores Mobiliários—vem também regular a implementação de mecanismos de mediação de conflitos entre os investidores e as várias entidades intervenientes nos mercados de valores mobiliários⁹³.

⁸⁹ Despacho nº 12 368/97

⁹⁰ Lei nº 314/78 de 27 de Outubro, que aprovou a Organização Tutelar de Menores

⁹¹ A Lei nº 133/99 de 28/08 aditou ao DL nº 314/78 de 27/10 o artº 147º-D que precisamente se refere à possibilidade de o Juíz fazer intervir um serviço de mediação: “*em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação. O juiz homologa o acordo obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse do menor.*”

⁹² Lei nº 166/99 de 14/09, artº 42º : “*para realização das finalidades do processo, e com os efeitos previstos na presente lei, a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação (nº 1); A mediação tem lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor (nº 2)*”

⁹³ DL nº 486/99 de 13/11, artº 33º e 34º.

Mas a verdade é que, embora com alguma aplicabilidade, sobretudo no âmbito dos centros de arbitragem de conflitos de consumo ⁹⁴, no âmbito da Organização Tutelar de Menores, e até no contexto do Mercado de Valores Mobiliários, a mediação só veio a ser verdadeiramente desenvolvida com o ressurgimento e a dinamização dos julgados de paz, em 2001, momento a partir do qual ganhou expressão.

A Lei nº 78/2001 de 13 de Julho, já referida, que regula a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos que se inserem na sua competência, prevê a figura da mediação como fase processual no seu âmbito – e mesmo para além dele, como veremos.

Já referimos que foi com esta Lei que veio a ser introduzida no nosso sistema jurídico uma definição de mediação- *“A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”*-

Tal Lei veio a ser alterada pela Lei nº 54/2013 de 31 de Julho, a qual, no que concerne à mediação, adapta o regime à nova Lei da Mediação, Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, deixando agora para esta a definição da figura, que, como vimos, passa a ser *“Mediação a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.”*

Por via do Protocolo de 05 de Maio de 2006 celebrado entre o Ministério da Justiça e várias Confederações, foi criado o Sistema de Mediação Laboral (SML), que faculta a trabalhadores e empregadores o recurso à mediação laboral para a resolução dos seus litígios.

Trabalhador e empregador, voluntariamente e por via de decisão conjunta, ou então o juiz, nos termos previstos no Código de Processo Civil e

⁹⁴ Quanto aos conflitos de consumo em geral, o DL nº 146/99 de 04 de Maio, como já referido, criara um sistema de registo voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, incluindo aí serviços de mediação.

desde que nenhuma das partes a tanto expressamente se oponha, podem submeter o litígio a mediação.

O SML, que actualmente funciona em todo o território nacional, é competente para, com excepção das matérias relativas a direitos indisponíveis, mediar litígios decorrentes do contrato individual de trabalho, nomeadamente, natureza jurídica do contrato de trabalho, rescisão do contrato de trabalho, , procedimento disciplinar, pagamento de créditos decorrentes da cessação do contrato, férias, promoções, mudança de local de trabalho.

Já em 2007, continuando no caminho da consolidação da mediação familiar, foi criado o Sistema de Mediação Familiar ⁹⁵, que funciona em todo o território nacional e é competente para mediar litígios no âmbito das relações de natureza familiar, nomeadamente nas seguintes matérias: regulação, alteração e incumprimento do regime do exercício do poder paternal, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada de família.

Também em 2007, surge o Sistema de Mediação Penal, agora por via da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho ⁹⁶. Ficou definida a sua competência para a mediação de crimes como ofensas à integridade física simples ou por negligência, ameaça, injúria, difamação, violação de domicílio, perturbação de vida privada, furto, abuso de confiança, dano, alteração de marcos, burla, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, usura.

Para haver lugar a este tipo de mediação, a Lei 21/2007 pressupõe a existência de processo-crime, dependente de acusação particular ou crimes contra as pessoas ou o património cujo procedimento penal dependa de queixa, em que o tipo de crime preveja pena de prisão até 5 anos ou pena de multa; que

⁹⁵ Despacho nº 18 778/2007 de 22 de Agosto

⁹⁶ Conforme a Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, que determina que os Estados-Membros se devem esforçar por promover a mediação, no âmbito de processos de natureza criminal.

o ofendido tenha idade igual ou superior a 16 anos; que não estejam em causa crimes contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual; que a forma de processo em causa não seja a forma de processo sumário ou a forma de processo sumaríssimo.

Por esta altura, é já reconhecida à mediação, com muito maior expressão, a habilidade técnica para resolver conflitos.

O aparecimento de sistemas públicos de mediação em áreas específicas como vimos acima, e até no âmbito do acesso ao direito e aos tribunais ⁹⁷ trouxe ainda maior expressão à mediação.

Rapidamente começam a ser exigidos conhecimentos técnicos específicos para o desempenho da actividade, quer nos julgados de paz, quer nos sistemas públicos de mediação, e daí o múltiplo aparecimento de cursos de formação de mediadores, que ajudam a desenvolver, apurar e certificar a técnica da mediação.

Num passado mais recente, especialmente a partir de 2008, para além do reconhecimento da utilidade da mediação no domínio dos serviços públicos essenciais ⁹⁸ e até a propósito da venda de bens de consumo ⁹⁹ é dada à mediação ainda maior visibilidade, ao ser incluída em diplomas de grande difusão, como é o caso do Código Civil, e, mais à frente, o Código de Processo Civil – neste por inerência da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de que adiante se falará.

A Lei nº 61/2008 de 31/10 (Lei do Divórcio) altera o Código Civil, introduzindo a figura da mediação¹⁰⁰.

⁹⁷ A Lei nº 34/2004 de 29/06 incluiu a mediação como forma de protecção jurídica na modalidade de consulta jurídica. Ulteriormente, a Lei nº 47/2007 de 28/08, que alterou aquela Lei nº 34/2004, em conjunto com a Portaria nº 10/2008 de 03/01, associou a mediação ao apoio judiciário ao dizer que o apoio judiciário se aplica às estruturas de resolução alternativa de litígios, entre os quais a mediação.

⁹⁸ Lei nº 23/96 de 26/07, na redacção da Lei nº 6/2011 de 10/03.

⁹⁹ Ao DL nº 67/2003 de 08/04 foi aditada uma norma, o artº 5 –A, por via do DL nº 84/2008 de 21/05, que acabou por introduzir pela primeira vez no nosso sistema jurídico, através do seu nº 5, a possibilidade de o juiz, adentro de um processo judicial, vir a impor o recurso à mediação.

¹⁰⁰ Artigo 1774º- Mediação Familiar: “*Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.*”

E em 2009, conforme a Lei nº 7/2009 de 12 de Fevereiro, o Código do Trabalho vem prever a possibilidade de a conciliação poder ser transformada em mediação.

Ora, precisamente no referido ano de 2008, no contexto progressivo de reconhecimento das vantagens da mediação, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovam a já mencionada Directiva 2008/52/CE relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Por via de tal Directiva, a União vem consignar que, no propósito de melhor acesso à justiça, a mediação enaltecendo as virtualidades e características da mediação na promoção efectiva da resolução de conflitos, também como forma de *“assegurar um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça(...)”*¹⁰¹.

E é assim que, por via da Lei nº 29/2009 de 29 de Junho¹⁰², vulgarmente conhecida, à data, como Lei do Inventário, o Estado português entendeu- não sem inúmeras críticas como teremos a oportunidade de referir adiante - dar cumprimento ao disposto no artº 12º daquela Directiva nº 2008/52/CE aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho relativamente à mediação em matéria civil e comercial, transpondo-a assim para a ordem jurídica nacional.

Não obstante a via peculiar utilizada, diga-se, a verdade é que assim foi incluída a mediação, num diploma de amplíssima divulgação como o é o Código de Processo Civil.

É certo que, já antes, em Fevereiro do ano anterior, o DL nº 34/2008 viera dar nota, no âmbito do CPC, de implicações decorrentes da não opção pela resolução alternativa de litígios no âmbito de uma eventual penalização em sede de custas de parte: aditou, assim, ao CPC então em vigor, o artº 447º-D, que hoje se mantém no Código de Processo Civil de 2013, nos nº 4 e 5 do seu artº 533º¹⁰³.

¹⁰¹ Considerandos 3, 5, 6, 13, 16, 19, 23, da Directiva

¹⁰² Alterada pelas Leis nº 1/2010 de 15/01 e 44/2010 de 03/09.

¹⁰³ Artº 533º nº 4: *“O autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da acção,*

Voltando, ainda, à Lei nº 29/2009 de 29/06, que transpôs para a nossa ordem jurídica a Directiva, foram introduzidos no CPC de então novos normativos sobre esta matéria:

-os artº 249º-A, 249º-B, 249º-C ¹⁰⁴, hoje revogados por força da Lei da Mediação que passou a superintender à regulamentação respectiva;

-e o artº 279º-A ¹⁰⁵, hoje também revogado, mas reconduzido, com as alterações conformes ao disposto na Lei da Mediação, ao artº 273º do Código em vigor desde 01 de Setembro de 2013 ¹⁰⁶.

salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio”

¹⁰⁴ Artº 249º-A- (Mediação pré-judicial e suspensão de prazos) 1-As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios. 2- A utilização dos sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do governo responsável pela área da Justiça suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador. 3- Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação. 4- A falta de acordo e a recusa de submissão a mediação referidas no número anterior são comprovadas pelas entidades gestoras dos sistemas previstos na portaria referida no nº 2. 5- A inclusão dos sistemas de mediação na portaria referida no nº 2 depende da verificação da idoneidade do sistema bem como da respectiva entidade gestora.

Artº 249-B- (Homologação de acordo obtido em mediação pré-judicial) 1- Se da mediação resultar um acordo, as partes podem requerer a sua homologação por um juiz. 2- O pedido é apresentado em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via electrónica, nos termos a definir em portaria do membro do governo responsável pela área da Justiça. 3- a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor. 4- O pedido referido no número anterior tem natureza urgente, sendo decidido sem necessidade de prévia distribuição. 5- No caso de recusa de homologação o acordo é devolvido às partes podendo estas, no prazo de 10 dias, submeter um novo acordo a homologação.

Artº 249º-C- (Confidencialidade) Excepto no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.

¹⁰⁵ Artº 279º-A- (Mediação e suspensão da instância) 1- Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa. 2- Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância nos termos e pelo prazo máximo previsto no número 4 do artigo anterior. 3- A suspensão da instância referida no número anterior verifica-se, automaticamente e sem necessidade de despacho judicial, com a comunicação por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação. 4- Verificando-se na mediação a impossibilidade de acordo, o mediador dá conhecimento ao tribunal desse facto, preferencialmente por via electrónica, cessando automaticamente e sem necessidade de qualquer acto do juiz ou da secretaria, a suspensão da instância. 5- Alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via electrónica, **seguindo os termos definidos na lei para a transacção.**

¹⁰⁶ Artº 273º CPC 2013- (Mediação e suspensão da instância) 1- Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa. 2- Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância nos termos e pelo prazo máximo previsto no número 4 do artigo anterior. 3- A suspensão da instância referida no número anterior verifica-se, automaticamente e sem

A análise daqueles normativos incluídos no CPC que esteve em vigor até 31/08/2013, deixa-nos uma impressão de alguma incompletude: a mediação foi elevada à dignidade de figura consignada num diploma fulcral de direito português, quer na aplicação quer na divulgação, mas nenhum deles nos dava uma noção de mediação.

Só a Lei dos Julgados de Paz, como vimos acima, a partir de 2001, dava uma definição meticulosa de mediação, fazendo uma clara opção pela mediação “facilitadora” e fazendo ressaltar o papel primordial das partes quando referia que *“(...) as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.”*

Naturalmente que, então, e convocado o auxílio da Directiva transposta e que esteve mediatamente na origem do aditamento dos artº 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A no anterior CPC, encontrávamos – e continuamos a ter - uma noção de mediação que sempre seria integrável.

De facto, seu artº 3º, a Directiva define mediação como *“um processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual, duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro”*.

É uma definição mais específica mas de sentido idêntico àquele que contemplava a Lei dos Julgados de Paz, ao tempo, onde a mediação ganhou espaço.

E assim se andou até Abril de 2013, como veremos.

necessidade de despacho judicial, com a comunicação por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação. 4- Verificando-se na mediação a impossibilidade de acordo, o mediador dá conhecimento ao tribunal desse facto, preferencialmente por via electrónica, cessando automaticamente e sem necessidade de qualquer acto do juiz ou da secretaria, a suspensão da instância. 5- Alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via electrónica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação.

Já em 2011, também, por via do Decreto-Lei nº 15/2011 de 25/01, que introduziu alterações ao Estatuto do Notariado e ao Estatuto da Ordem dos Notários, veio a ser permitido aos notários intervir em processos de mediação (artº 4º nº 2 alínea m) do Estatuto do Notariado) e à própria Ordem a possibilidade de constituição de centro de mediação e arbitragem (artº 3º nº 1 alínea r) do Estatuto da Ordem).

Em conclusão, portanto, a mediação, por natureza um meio extrajudicial de resolução de litígios, tem em Portugal um percurso fortemente marcado pela implementação dos julgados de paz, pelo crescimento e divulgação de sistemas de mediação pública em matérias específicas e, mais à frente, no contexto de matérias de natureza civil e comercial, pela sua elevação à dignidade de figura consagrada, sobretudo no Código de Processo Civil.

Recentemente, autonomizou o seu estatuto por via da Lei nº 29/2013 de 19/04, a qual abordaremos especificadamente mais adiante em alguns dos seus aspectos.

4.3 O binómio essencial: as Partes e o Mediador

Nas definições encontradas, quer no âmbito da Lei dos Julgados de Paz, quer na Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, quer mesmo actualmente na individualizada Lei da Mediação criada pela Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, é patente aquilo que verdadeiramente identifica a mediação: a amplitude do nível de intervenção das partes em conflito.

A mediação é o meio através do qual as partes, elas próprias, de livre vontade, esforçada e empenhadamente, procuram alcançar um acordo, pacificando o seu conflito ¹⁰⁷.

Elas é que são a pedra angular da figura, os sujeitos da equação, não o mediador.

¹⁰⁷ Fala, assim, a doutrina anglo-saxónica, de “empowerment” (Mariana França Gouveia, obra citada, pag 44, citando Henry Brown e Arthur Marriott, “ADR: principles and Practice”, 1999, pag 130)

Assim, a definição da figura, em rigor, centra-se, em grande parte, no controlo da situação pelas partes.

Trata-se, portanto, de um processo dominado por elas, embora possam nem ter consciência disso. Mas a verdade é que, não só não são obrigadas a chegar a um entendimento como também, ao invés e por definição, o entendimento que venham a alcançar terá de brotar do seu íntimo.

4.3.1. A relação Partes/ Mediador: as Partes como Mediados e o papel do Mediador

Vimos já que, as mais das vezes, os grandes conflitos interpessoais (os que interessam directamente à mediação) surgem das condicionantes resultantes dos conflitos internos de cada um, daquele jogo ilusório, mas permanente, de busca e manutenção de um equilíbrio íntimo aparente, que mistura ser, dever ser, direitos, propriedades, aspirações, e tudo o mais que se possa imaginar, e que se crê ser posto em perigo pelo “outro.”

Dizemos “pelo outro,” além do mais porque, a dada altura do conflito, o problema é já altamente personalizado: o enfoque é colocado no oponente e desviado do verdadeiro problema. A mediação procurará desmontar esta carga pessoal negativa que transforma o conflito numa luta de inimigos e impede a comunicação que poderá conduzir à solução apaziguadora.

A este propósito, anota Juan Carlos Vezzulla ¹⁰⁸, que “(...) *Da impossibilidade de separar as pessoas dos problemas que as confrontam, surge a organização judicial actual, onde é tão impossível os oponentes falarem do problema sem brigar, que precisam de um juiz para os manter separados e que imporá uma sentença à qual devem submeter-se, pela incapacidade de negociarem entre eles a melhor solução. Por outro lado, a cultura de confundir o problema com a pessoa criou a finalidade de ganhar, tal como numa guerra, com base na destruição do inimigo. O conceito de que se “ele ganha eu perco”, e vice-versa, impede a possibilidade da negociação directa, pois o interesse de um de ficar com tudo, deixa sempre o outro numa situação de perda total.*”

¹⁰⁸ Obra citada, pag. 37.

É neste contexto, complexo, de elevada pressão para as partes, atenta a angústia e o medo instalados, que o mediador é, as mais das vezes - e no nosso sistema jurídico pretende-se que o seja seguramente - o “facilitador” ¹⁰⁹, no sentido de que é aquele que ajuda a criar ou a restabelecer um nível de comunicação que permita às partes dialogarem entre si, encontrando elas próprias a solução que consideram adequada para pacificar o seu diferendo ¹¹⁰

¹¹¹.

A relevância ou interesse da figura do mediador reside precisamente aqui. Ele não é o dono do processo, bem pelo contrário.

¹⁰⁹ Esta parece ser a modalidade de mediação acolhida pelo sistema português, tendo em conta as considerações supra, mas, a título de exemplo e como se vê na nota seguinte, há quem a veja como bem mais “interventiva”.

¹¹⁰ Brito, Paulo, “A mediação nos julgados de paz portugueses”, in *Lusíada*, Série II, nº 4-5(2007), Universidade Lusíada Editora, pag.275 e ss, a propósito do nível de intervenção do mediador, chama à atenção para o facto de, não raro, mediação e conciliação estarem muito próximas, como sucede no sistema norte-americano: “(...) Certo pragmatismo, por vezes habitual na concepção anglo-saxónica, encara a mediação como “fundamentalmente um processo de negociação assistida”, sendo, por conseguinte, importante a existência de uma estratégia de negociação por parte do mediador. A neutralidade deste não implica passividade, cabendo-lhe, ao invés, um papel activo, tendo em vista o alcance de soluções. Também nesse sentido apontam Wilde e Gaibrois quando escrevem “o mediador trabalha...no sentido de desenvolver todas as opções possíveis para solucionar o conflito, buscando acordos criativos para resolver o problema existente”. Parece, assim, esbater-se a diferença tradicionalmente apontada entre mediador e conciliador, segundo a qual aquele “tenta que as partes obtenham por si próprias e só por si próprias uma solução para a desavença que as opõe”, ao passo que competiria a este um papel mais activo, chegando a propor soluções para ultrapassar a contenda. É neste contexto que se compreendem as palavras de Richard A. Posner, Juiz Presidente do U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit e Professor da University of Chicago Law School que interveio como mediador em 1999 no processo Estados Unidos v. Microsoft Corp.; “uma das razões pela qual fui convidado para servir de mediador no caso Microsoft é que, enquanto juiz, partia-se do pressuposto que teria uma maior percepção dos possíveis resultados judiciais no processo do que as partes e os respectivos advogados”. Como é hoje vulgarmente aceite, pelo menos nos Estados Unidos, que o mediador pode fazer propostas de acordo, tem sido frequente, nesse país, o convite dirigido a juizes, reformados ou no activo, para servirem de mediadores em diversos processos. Reconhece-se, e reconhecem-no sobretudo as partes, que a experiência desses juizes, enquanto decisores de acções similares constitui uma mais valia fundamental (...). No fundo, a importância da mediação para as partes radica também na ajuda que poderá prestar para a escolha de uma melhor solução estratégica para a lide, decorrente de uma análise custo-benefício. Deste modo, é evidente que a intervenção de juizes, enquanto mediadores, em nada belisca as garantias das partes no âmbito da mediação, designadamente a confidencialidade, porquanto, nos termos da lei americana, esse juiz nunca será aquele a quem poderá ser atribuído o processo (...).”

¹¹¹ Ristin, Gordana, “Are judges the best or the worst mediators?” in *Mediação e Criação de Consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Mediarcom/Minerva Coimbra, (2009), pág. 47 (É interessante verificar como a República da Eslovénia desenvolveu a mediação, dentre outros meios de RAL, introduzindo a figura do Juiz-Mediador, que opera mesmo junto de tribunais de recurso): “In the Republic of Slovenia, i tis mediation that is chiefly developed among the types of alternative dispute resolution(...). It was introduced in Slovenia by judges, and is proceeding predominantly with court-annexed programs since 2001. Regulating this field are Alternative Dispute Resolution Law (adopted in 2009) and, Slovenia being a member of the EU, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council(...) on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, harmonized with slovenian law by Mediation in Civil and Commercial Matters Law. This way, mediations became na eficiente type of alternative dispute resolutions in court. Since 2009, there is na ADR Division at the Appeal Court of Ljubljana, which means this court gives special credit to ADR.”

Mas está tecnicamente preparado para conduzir o processo de mediação, fazendo a desejável “ponte” entre as partes. O que lhe exige uma elevada dose de flexibilidade ¹¹², consoante o tipo de litígio que tem pela frente ¹¹³.

Descortinar o que está latente no conflito, os reais interesses das entidades em confronto, é crucial para o êxito da mediação. Para isso, como bem observam Zulema D. Wilde e Luis M. Gaibrois ¹¹⁴, há que separar os interesses e as posições.

O mediador é uma entidade nova para as partes no contexto da discórdia, uma entidade isenta e desapaixonada, cujo contributo se centra, não no âmago da discórdia ¹¹⁵ - trabalhar essa questão é tarefa das partes - mas em manter as partes comunicantes e centradas no seu objectivo: se possível, um entendimento, convicto e duradouro, quanto ao problema real que as divide ¹¹⁶.

Daqui resulta, também, uma outra evidência: a de que a mediação é muito útil nos casos em que os mediados compreendem e desejam uma solução que preserve, e até melhore, o seu relacionamento actual e futuro.

Trata-se de um investimento de longo prazo. O que implica, naturalmente, que as partes, colocadas em pé de igualdade, de forma confidencial ¹¹⁷ e cordata, decidam em função dos interesses de ambos.

¹¹² Em perfeita consonância com a própria definição de mediação “flexível”.

¹¹³ Parkinson, Lisa, in obra citada, páginas 258 a 260, diz que o mediador, especialmente em mediação familiar, tem de ser tão flexível que tem de desempenhar papéis múltiplos como o catalisador, o gestor, o árbitro, o facilitador, o intérprete, o informador, a ponte para novas estruturas familiares, o ensaiador da realidade, o orquestrador, o sintetizador, o malabarista., ao ponto de já alguém o ter comparado a um “embusteiro folclórico”.

¹¹⁴ Obra citada, página 57: “(...)A tarefa essencial do mediador no processo de mediação consiste em obter a separação entre os interesses e as posições, uma vez que as negociações devem ser iniciadas com base nos primeiros, deixando momentaneamente de lado as segundas. Os interesses constituem tudo o que a parte deseja obter ou impedir que aconteça. Em direito processual, afirma-se, com a força de um princípio, que o interesse é a medida da acção. As posições, por sua vez, são as trincheiras erguidas pelas partes para sobreviverem ao litígio. E embora seja possível negociar a partir de posições, essa estratégia é perigosa para o êxito da missão, não sendo, portanto, recomendável.”

¹¹⁵ Em linguagem processual tradicional falaríamos em “mérito da causa”.

¹¹⁶ Ainda, Wilde, Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, página 67: “o papel do mediador(...) consiste, pois, em utilizar técnicas de escuta, compreensão da linguagem não verbal, interrogação, negociação e criação de oportunidades, ajudando as partes a conseguir a sua própria solução. O mediador procura estabelecer uma relação para facilitar o processo, tendo em mente que o conflito tem um ciclo de evolução. Intervém como um agente catalisador; é a sua capacidade especial que, actuando sobre as partes, as ajuda a resolver o conflito.”

¹¹⁷ Campos, Joana, “O princípio da confidencialidade na mediação”, in *Scientia Iurídica*, Revista de Direito Comparado Brasileiro e Português, nº 318, Abril/Junho, (2009), Tomo 58, pág 311-333, pág. 320 e

Do que acima ficou dito, e para fechar o leque de considerações em torno de uma definição do conceito de mediação, poderá dizer-se que esta assenta em duas premissas fundamentais:

á partida, a de que as partes têm o domínio do processo quanto ao seu conteúdo ¹¹⁸, chegando, se for o caso, a um entendimento que é o resultado do seu esforço pessoal, intimamente assumido, de alcançar a solução ¹¹⁹.

E, inevitavelmente decorrente da premissa anterior, a de que a mediação opera ao nível dos interesses das partes e não tanto, ou pelo menos não em 1ª linha, ao nível da aplicação da normatividade estrita.

De facto, o objectivo da mediação desvia-se daquilo que se visa alcançar no classicismo dos tribunais comuns. No domínio da jurisdição contenciosa, e mesmo no domínio da voluntária as mais das vezes, o juiz aplica o direito ao caso concreto, isto é, verifica se os factos essenciais à boa decisão da causa, trazidos a juízo e tidos por provados, encaixam na hipótese normativa susceptível de regular a causa ¹²⁰.

Nisto consiste, basicamente e sem entrar em especificidades, o acto de decidir e, por conseguinte, a realização da justiça. Da justiça que é possível fazer-se.

Ora, não é este o campo de acção da mediação nem o seu objectivo, insiste-se.

Numa visão deveras expressiva (aliás, como que devolvendo a imagem reflectida no mesmo espelho, na linha de raciocínio de Juan Carlos Vezzulla, nota supra) diz Mariana França Gouveia a este propósito ¹²¹, “ (...) *a mediação dá preferência à pacificação social, isto é, tem como objectivo sanar o problema,*

seguintes, distingue o alcance do princípio da confidencialidade consoante se esteja perante mediação privada ou não: defende que, naquela, constitui uma obrigação meramente contratual.

¹¹⁸ E mesmo quanto à própria instância do processo, pois nada as obriga a permanecer em mediação(entre outros, artº 4º da Lei da Mediação)

¹¹⁹ Vezzulla, Juan Carlos, na Compilação de Depoimentos sob o título “Conferência- Meios Alternativos de Resolução de Litígios”, *Ministério da Justiça, Direcção Geral da Administração Extrajudicial e Fundação Calouste Gulbenkian*, Almedina (2001), pag 83 e ss faz sentir o carácter cooperativo da mediação: “(...) *Isto é uma grande ruptura de águas ou diferenciação com o judiciário adversarial. A mediação é de outra natureza, é de uma natureza cooperativa e de uma natureza onde fundamentalmente deve existir a capacidade das pessoas de assumir as próprias responsabilidades dos seus problemas(...)*”

¹²⁰ Reportemo-nos, por exemplo, ao actual artº 607º nº 3 e 4 do CPC

¹²¹ Obra citada, pag. 44 e 45.

restabelecendo a paz social entre os litigantes. Este fim sobrepõe-se inteiramente à questão do direito. Não importa saber quem tem razão, mas antes procurar resolver os problemas subjacentes ao aparecimento do litígio. Trata-se, portanto, de um método de resolução de litígios assente nos interesses e não nos direitos.(...) é necessário averiguar os interesses, afastando, se necessário, as posições. É usual utilizar-se a imagem do iceberg como metáfora do litígio: as posições estão na ponta visível deste e os interesses na base, submersos. Num conflito, as pessoas extremam as suas posições, deixando submersos os seus verdadeiros interesses e necessidades. Porquê aquela pretensão? E para satisfazer que necessidades? A mediação não se restringe ao objecto do processo, determinado pelas pretensões, mas vai mais fundo, ao verdadeiro conflito. É ao fundo, à base, que a mediação pretende chegar, porque só a composição dos interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre os litigantes. O resultado da mediação é, por isto, de vitória para ambas as partes, de ganha-ganha, nunca havendo um vencedor e um vencido.”

4.3.2. Técnicas e fases apontadas à mediação como meio de RAL

Em resumo, portanto, o papel do mediador é, fundamentalmente, o de abrir e manter operativos os canais de comunicação entre as partes mediadas, ajudando-as a ultrapassar a angústia e os medos que as fizeram desfocar o cerne do problema para a litigiosidade pessoalizada, por forma a, assim, elas próprias descobrirem ou identificarem a verdadeira questão ou interesses em jogo e, conjuntamente, chegarem a uma solução genuinamente comprometida.

O mediador, de facto, conduz o processo, mas o conteúdo do litígio pertence às partes. Não lhe é permitido negociar ou aconselhar qualquer das partes, ou mesmo ambas, sendo-lhe expressamente proibido impor qualquer solução ¹²².

¹²² Artº 2º alínea b) e 6º da Lei da Mediação.

Em bom rigor, dada a amplitude de situações com que tem de lidar e a inevitável flexibilidade que tem de colocar na sua acção, não será possível definir com exactidão o que é um mediador ¹²³.

A doutrina denomina-o, genericamente, de “terceiro imparcial” ¹²⁴, obviamente não com o alcance com que a expressão é usada, quanto ao posicionamento do juiz, no âmbito do direito processual civil ¹²⁵, mas no sentido já acima debatido de facilitador, de agente de comunicação e de condutor da própria criatividade das partes na sua busca da solução.

Trata-se de um profissional - de um profissional numa posição não muito fácil, há que o reconhecer.

E há-de estar preparado para dominar as técnicas específicas de mediação ¹²⁶, também por via da frequência de cursos de formação específicos para o efeito ¹²⁷. Em todo o caso, o mediador é livre de escolher a técnica e adoptar a estratégia mais adequada ao caso que tenha de mediar.

Algumas dessas técnicas/ estratégias prendem-se com ^{128 129}:

- a) o estabelecimento de uma relação que permita aliviar a tensão, elogiando o que seja positivo;
- b) conseguir que as partes “se escutem, para se entenderem e assim, criarem esperança”;

¹²³ Wilde, Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, pagina 67 e 68, chamam à atenção para a existência, nos EUA, de uma “terceira classe de mediação”, a chamada “intervenção emergente, na qual participa um não especialista, interessado na resolução do conflito. Este terceiro teve uma relação prévia com as partes e possui um interesse real no resultado (exº pai, gerente, etc)”

¹²⁴Gouveia, Mariana França, obra citada, pag. 48.

No mesmo sentido, Juan Carlos Vezzulla, obra citada, pag. 43 e 44: “ (...) o mediador não é um juiz, porque não impõe um veredicto, (...) também não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse directo nos resultados. Para o mediador, o importante é que os mediados descubram os seus verdadeiros interesses e consigam manter um mínimo de relacionamento para falarem sobre eles. Dependerá dos participantes a conclusão da mediação por um acordo ou não. Também não é um árbitro que emite um parecer ou uma decisão(..). Resumindo, o mediador é um terceiro neutral. Conduz, sem decidir. É neutral em tudo quanto dele se espera, em termos de intervenção na decisão.(...)”

¹²⁵ Onde, desde logo, o juiz está investido de um poder de natureza pública.

¹²⁶Campos, Luís Melo, “Mediação de Conflitos: Enquadramentos Institucionais e Posturas Epistemológicas”, in José Vasconcelos –Sousa (Coord) *Mediation In Action - A Mediação em Acção*, Coimbra, MEDIARCOM/Minerva Coimbra, (2008), pag. 181 e 182.

Vezzulla, Juan Carlos, obra citada, pag. 44 e 45

¹²⁷ Ver Portaria nº 237/2010, de 29/04

¹²⁸Vezzulla, Juan Carlos, obra citada, pag. 44

¹²⁹Wilde, Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, páginas 69 e 70.

c) o impedir que as partes se agridam, promovendo, ao invés, a cooperação;

d) a necessidade de ajudar os mediados a separar, no conflito objectivo, aquilo que é puramente subjectivo, por forma a ser tratado separada e adequadamente;

e) a essencial tarefa de descortinar os verdadeiros interesses das partes, como vimos acima;

f) a noção de que, só o mediado sabe o que é melhor para si, pelo que não deverá ser julgado nem pressionado;

g) a adequada e perspicaz atenção às emoções manifestadas pelos mediados, por forma a que estas, devidamente controladas, possam ser utilizadas positivamente na busca dos reais interesses e da solução, ou, no mínimo, neutralizadas para não prejudicarem o andamento da mediação;

h) o posicionamento ou chamada de atenção dos mediados para um contexto realista, ajudando-os, tanto quanto possível, a “descer à terra” e por isso mesmo a situar-se dentro de valores e critérios objectivos a que sempre estarão sujeitos quando sob avaliação numa situação real ¹³⁰;

i) a capacidade para escutar, escutar sempre, pois o discurso do mediado é fortemente revelador, seja por palavras, seja por gestos ou quaisquer sinais;

j) a capacidade para criar um ambiente de confiança, de neutralidade e de respeito, com os mediados.

No mais, a doutrina aponta, ainda, a valia da intuição ou experiência profissional, no contacto com os mediados e que ajuda, sobretudo, a identificar atitudes de “transferência” e “contratransferência” ¹³¹ sempre prejudiciais ao bom andamento do processo de mediação. Embora este trabalho não cuide de aspectos psicanalíticos (desde logo por desconhecimento científico sobre a matéria), compreende-se, contudo, o alcance desta anotação: implicando o

¹³⁰ Vezzulla , Juan Carlos, obra citada, pag. 46, refere que os técnicos chamam a este processo de “*ampliação do bolo*”, porquanto se decompõe o todo em partes, tratando apenas as que são relevantes, para além do que, diz, a fragmentação potencia uma maior clareza na detecção dos interesses parciais.

¹³¹ Vezzulla , Juan Carlos, obra citada, pag. 52

processo de mediação uma interacção entre indivíduos - entendidos como sujeitos a fragilidades, contradições e constrangimentos que decorrem da sua própria condição – inclusive o mediador, é necessário estar alerta, não só para as projecções de cariz afectivo ou fantasista que os mediados tentem fazer sobre o mediador (transferência) como também para o risco de o próprio mediador ser confundido pelos seus próprios pensamentos e sentimentos (contratransferência).

As indicadas acima, são técnicas tendencialmente comuns ao desenvolvimento da actividade do mediador no processo de mediação.

E este, como qualquer processo, é susceptível de ser analisado por fases, etapas ou momentos.

Importa, naturalmente, ter em conta que, conforme referimos a montante, a flexibilidade, informalidade e adequação do meio não permitem, as mais das vezes, a identificação de uma estrutura processual pura ou tipificada. Digamos que o procedimento tem um início, um fim, de permeio inclui actos que são de verificação necessária ou obrigatória, mas variando sempre em função do caso concreto.

Não obstante, a doutrina vem identificando, na direcção tomada pela mediação, algumas fases, embora de forma diferenciada:

Juan Carlos Vezzulla fala de 6 etapas no próprio procedimento de mediação, incluindo já no procedimento os actos preparatórios ¹³²:

1ª Apresentação do mediador e das regras de mediação

2ª Exposição do problema por parte dos mediados

3ª Resumo e ordenamento inicial dos problemas

4ª A descoberta dos interesses ainda ocultos

5ª Gerar ideias para resolver os problemas. Os acordos parciais

6ª Acordo final

¹³² Obra citada, pag. 60 a 67.

Já Christopher W. Moore ¹³³ dá relevância a 5 momentos anteriores ao procedimento propriamente dito de mediação:

- 1º Constituição de um relacionamento com as partes
- 2º Escolha da estratégia da mediação
- 3º Recolha de informação sobre as partes e o conflito
- 4º Programação detalhada da mediação
- 5º Estabelecimento de confiança e cooperação

No mesmo sentido de Moore, isto é, dando relevo à existência de um procedimento prévio, mas com menos fases, Henry Brown e Arthur Marriot ¹³⁴:

- 1º Introdução das partes na mediação
- 2º Compromisso e acordo sobre as regras da mediação
- 3º Comunicação preliminar e preparação da sessão

No nosso sistema jurídico, a maioria destes momentos preparatórios acontecem com a pré- mediação, prevista no artº 16º nº 1 da Lei da Mediação e nos artº 49º e 50º da Lei dos Julgados de Paz ¹³⁵.

Nos termos do disposto naquele artº 16º nº 1, *haverá um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento* ¹³⁶.

O artº 50º da Lei dos Julgados de Paz revista está em consonância.

De notar que, tal artº 50º da Lei dos Julgados de Paz, na sua anterior redacção incluía um nº 4 que impedia o mediador da pré-mediação de intervir na mediação subsequente.

¹³³ “The Mediation Process- Practical Strategies for Resolving Conflict ”, 2nd Edition Revised , 1996, San Francisco Jossey-Bass Publishers , consultado em www.colorado.edu/conflict/peace/moor7538.htm

¹³⁴ Sweet & Maxwell, *ADR Principles and Practice* , (1999), Republished, pag. 154

¹³⁵ Hoje alterada pela Lei nº 54/2013 de 31/07 que, no que respeita à mediação, tencionou adaptar a mediação realizada nos julgados de paz à Lei da Mediação, de Abril do mesmo ano.

¹³⁶ Brito, Paulo, obra citada, pag. 278: “(...) Na pré-mediação é explicado às partes em que consiste a mediação e, no caso destas aceitarem tentar um acordo (o que, diga-se em abono da verdade, acontece na maioria das vezes), é de imediato marcada a primeira sessão de mediação(...) que se poderá realizar logo de seguida desde que haja mediador disponível. A prática que tem vindo a ser adoptada em todos os Julgados de Paz consiste na realização das sessões de mediação imediatamente seguintes às sessões de pré-mediação, o que se enquadra nos objectivos de simplicidade e economia processual que presidem à organização e funcionamento dos Julgados de Paz.”

Hoje essa limitação não existe, por força do disposto no artº 27º nº 6 da Lei da Mediação.

Por outro lado, ao abrigo da legislação anterior, o mediador não teria conhecimento do processo antes da sessão de mediação, visto que não intervinha directamente no mérito da questão.

Assim, o seu primeiro contacto com o assunto advinha-lhe do contacto directo com as partes mediadas. Opção esta controversa ¹³⁷, até porque, como já se concluiu, nem todos os casos são iguais. O mediador pode deparar-se com um caso cuja complexidade porventura apontaria como conveniente alguma preparação prévia.

Hoje essa questão está minimizada em virtude de, aquilo a que a Lei da Mediação, no seu artº 16º nº 2, chama de *protocolo de mediação*, prever expressamente a *descrição sumária do litígio ou objecto* (nº 3 alínea e) da mesma norma).

Por outro lado, o contacto directo do mediador com as partes, apesar de não ter necessariamente de o ser conjuntamente e em permanência, era, ao abrigo da redacção anterior do artº 53º da Lei dos Julgados de Paz, no seu nº 3, limitado à autorização das partes para que o mediador pudesse reunir com alguma delas em separado.

Esta acção do mediador com as partes em separado, à primeira vista, entendia-se poder ser vista com alguma desconfiança pelos próprios mediados, pondo em risco o êxito da mediação. De facto, se as partes duvidarem da atitude e do comportamento discursivo do mediador quando está a sós com a outra parte, tal abalará inevitavelmente a credibilidade e confiança que têm de estar na base da relação mediador / partes.

De todos os modos, e sempre com a devida ressalva, esta é uma forma de abordagem que, em mediação, se denomina de *caucus* .

¹³⁷Vezzulla, Juan Carlos, obra citada, pag. 60: “(...)Muitos mediadores exigem, antes da primeira entrevista, um relatório contendo os elementos mais importantes do problema em discussão. Pessoalmente, acho muito importante que o primeiro contacto com o problema seja ouvido directamente da boca dos mediados.(...)”

A este propósito, Vezzulla ¹³⁸ ¹³⁹, que entende que, em determinadas circunstâncias esta técnica poderá afigurar-se necessária, alerta para a necessidade de as partes serem logo de início (na apresentação do mediador e das regras a observar na mediação) esclarecidas quanto à possibilidade de o mediador vir a fazer entrevistas a sós com cada um. Tal até reforçará conceitos a transmitir de início, como o respeito mútuo, falar com sinceridade e escutar com atenção, e a própria igualdade de oportunidades.

Ora, esta dificuldade, na actualidade, estará também muito diminuída. A regulação do procedimento de mediação, entre nós, vai progressivamente ganhando maturidade, como se vê pela revogação daquele nº 3 do artº 53º da Lei dos Julgados de Paz.

4.3.3. O Advogado e a Mediação

O Advogado é um profissional, como qualquer outro. Com uma vocação específica, também como qualquer profissional. E, embora muito se debata a propósito da relevância da sua maior ou menor intervenção, o facto é que sempre se acaba por lhe reconhecer a qualidade de um colaborador indispensável à boa administração da justiça.

No que concerne, especificamente, ao tema dos meios de resolução alternativa de litígios, e pelo que à mediação releva, o interesse, relevância ou pertinência do contributo do advogado junto de tais meios, sopra de vários quadrantes e em várias dimensões.

Historicamente, não deixam de ser motivo de interesse e de alguma reflexão, pela sua pertinência, os comentários então feitos - quando chamados a intervir na Conferência sobre o tema, promovida pelo Ministério da Justiça em colaboração com a Fundação Calouste Gulbenkian, em Novembro de 2000 - João Morais Leitão, Advogado, Pedro Romano Martinez, Professor de Direito,

¹³⁸ Vezzulla , Juan Carlos, obra citada, pag. 61

¹³⁹ No mesmo sentido , Wilde, Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, página 76.

Daniel Proença de Carvalho, Advogado e Juan Carlos Vezzulla, na qualidade de Presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil ¹⁴⁰:

“(...) importa começar por referir que o mais importante e mais eficiente meio alternativo da resolução de litígios, que não costuma ser sequer citado e eu, por defeito de profissão, tenho de o citar, é a própria advocacia. Em grande parte, é nos escritórios de advogados que se acabam ou previnem a maioria das questões em matéria de sucessões, em matéria de família, em matéria contratual(...).” (sic João Morais Leitão)

“(...)Por outro lado, importa determinar em que medida se justificaria uma espécie de gabinete de consulta e de acompanhamento(...). Porque, creio que, muitas das vezes, o recurso ao Tribunal verifica-se na medida em que as pessoas não conhecem bem a sua situação e, perante o não conhecimento, recorrem ao advogado para que o advogado resolva o problema. Frequentemente – eu não estou aqui a fazer nenhuma crítica aos advogados, longe de mim, quando surge um cliente junto do advogado com uma questão, mais facilmente esse problema cairá na Justiça do que terá outra solução.(...)” (sic Pedro Romano Martinez)

“(...)Faço-o com total convicção, porque me parece ser muito positivo que a política de Justiça se encaminhe no sentido de fomentar, o mais possível, soluções alternativas ao sistema judicial do Estado.

Sou advogado desde o final dos anos 60, e posso testemunhar, pela própria experiência, como esta área sofreu uma evolução extraordinária em Portugal. Quando iniciei a minha carreira de advogado, as pessoas com litígios por resolver recorriam ao advogado para instaurar o processo competente nos Tribunais do Estado, na convicção de que lhes seria feita Justiça, em tempo oportuno, embora, nessa época, o “tempo” não tivesse a dimensão de hoje.

Agora, a primeira tarefa dos advogados – falo, naturalmente, pela minha experiência – consiste em desmobilizar o cliente a recorrer ao sistema judicial.

Isto porque o recurso ao sistema judicial, por muita razão que assista a quem inicia o processo, é o princípio de um longo e penoso calvário que quase

¹⁴⁰Compilação de Depoimentos já citada acima, pag 49, 59, 73, 85 e 88, respectivamente.

seguramente termina em frustração, quer pela demora, quer pela incerteza do resultado.

Uma vez desencorajado o cliente a recorrer aos Tribunais do Estado, a fase seguinte consiste em promover o espírito de conciliação, de abertura a negociações, desde que exista, naturalmente, a mesma abertura da outra parte no litígio.

Por seu turno, a montante do litígio, a prática do meu escritório tem sido no sentido de incluir em todos os contratos por nós elaborados ou negociados, cláusulas de arbitragem(...).

Em consequência desta prática na minha actividade profissional, o sistema judicial aparece como o último recurso, a utilizar in extremis, quando a conciliação e a arbitragem falharam. E quando o faço, devo confessar com sinceridade que não espero uma decisão atempada, justa e razoável que satisfaça as partes em conflito.

Desta minha experiência, facilmente resultará a ideia de que sou um convicto defensor dos meios alternativos de resolução de litígios.(...)” (sic Daniel Proença de Carvalho)

“(...) Sensibilizamos os chefes, as cabeças dos melhores escritórios de advogados e isso está funcionando, ou seja, os grandes escritórios de advogados estão levando para a frente a mediação privada e aí realmente a mediação está viva em Buenos Aires, a mediação está viva na Argentina, porque é realmente nos nossos escritórios. E tem uma coisa muito importante também que vocês vão ter que tomar em consideração, a mediação vai vingar se os advogados comprarem a ideia, se os advogados de Portugal não aceitarem, não chegarem a vislumbrar o grande avanço que significa a introdução da mediação como cultura da resolução de conflitos, a mediação não vingar. Porque todo o mundo vai consultar um advogado quando tem um conflito, se esse advogado indica a mediação (...) teremos possibilidade realmente de trabalhar.

O advogado é fundamental na mediação, não pode existir mediação sem advogado, mas não como mediador (...). Mas na mesa da mediação deve existir sempre o advogado para assessoramento dos mediados.

(...) Os advogados também estão sensibilizados para a utilidade de aplicar a mediação(...) mas não necessariamente para serem mediadores, mas

sim para saberem como devem preparar o seu cliente para ir para a mediação. O advogado, assim como prepara o cliente para ir a uma demanda, para ir a um juízo, ele vai ter que prepará-lo para ir a uma sessão de mediação e vai ter que auxiliá-lo a preparar os dados e analisar o que realmente deseja e que negociações ele gostaria de fazer(...). Para isso, o advogado também deverá saber de mediação (...), entendemos que é muito importante todo o trabalho feito pelos advogados com os seus clientes, os bons ofícios, a negociação, tudo o que os advogados já realizaram tentando evitar que os clientes cheguem ao judiciário e que resolvam pacificamente o seu problema.

A mediação não vem ocupar nenhum espaço destes já existente, a mediação tem um novo espaço.

Quando o advogado fracassou, quando não foi possível a negociação directa, então aí, procurar o profissional da comunicação ou o profissional da mediação.(...)” (sic Juan Carlos Vezzulla)

Resulta clara, de imediato e à leitura destas passagens, a importância do advogado no desenvolvimento desta temática dos meios de RAL e concretamente da mediação. Com maior ou menor ingerência, é opinião generalizada dos vários quadrantes profissionais que o advogado está – ou também está - no centro destas questões.

Desde logo, porque está numa posição privilegiada para aconselhar o cliente quanto ao melhor caminho a seguir para a boa resolução do seu problema, o que, do seu ponto de vista esclarecido, bem poderá incluir um meio alternativo de solucionar o conflito, ao invés do recurso (imediato) ao tribunal judicial ^{141 142}.

¹⁴¹ Embora reconheçamos que o desconhecimento possa gerar no profissional algum desconforto e receio de vir a perder clientela em favor dos ditos meios.

Gouveia , Mariana França, obra citada, pag 46, refere acertadamente que “A advocacia deve pensar em termos macro, de médio/longo prazo, de satisfação dos clientes e de rapidez e eficiência na resolução dos seus litígios. Não deve ter medo de perder clientes (e remuneração). Existirão sempre litígios – é um efeito automático da vida em sociedade”

¹⁴² Vezzulla , Juan Carlos, obra citada, pag 107, insiste nesta ideia: “(...) O advogado é o profissional que a sociedade consulta quando se trata de tentar resolver um conflito. Isto continuará sempre assim, pois ele é o indicado para prestar assessoria aos seus clientes acerca do melhor caminho para resolver legal e satisfatoriamente o problema. Já vimos a diversidade de técnicas existentes fora do sistema judicial que permitem procurar a solução dos conflitos. É o advogado, ciente desses caminhos e do problema do seu cliente, quem indicará o melhor procedimento a seguir.(...)”

No que toca, concretamente, à mediação, e para além deste contributo inicial, coloca-se a questão de saber se o advogado poderá ou deverá intervir no próprio procedimento de mediação, quer como advogado em sentido próprio, quer mesmo como representante, em substituição, da parte.

A resposta a dar a estas questões há-de ter em conta a noção essencial da mediação e a sua lógica intrínseca: o processo é das partes, são elas que o dominam, não o advogado.

Ora, é geralmente admitido pela doutrina que o advogado preste assessoria ao seu cliente que se submete à mediação¹⁴³ ¹⁴⁴, mas é também de admitir a participação deste no procedimento.

A diferença reside em que o advogado deverá submeter-se à lógica da mediação, não ao esquema tradicional, de tipo litigante, a que o advogado está habituado no seu papel tradicional¹⁴⁵.

A sua intervenção, em bom rigor, é a de actor secundário, não a de cabeça de cartaz, e, para ter um bom desempenho profissional e bem servir o seu cliente, tem de assumir tal postura, agindo em conformidade¹⁴⁶.

No fundo, o que se pede ao advogado que intervém num processo de mediação, é que seja cooperante na busca da melhor solução para o conflito que o seu cliente, enquanto parte mediada, procura alcançar.

Trabalhará a par, também nos bastidores, mas sempre no sentido de facilitar, desimpedir e esclarecer o seu cliente/parte por forma a que este

¹⁴³ Wilde, Zulema D. e Luis M. Gaibrois, obra citada, pag. 30 e 73: “Caso as partes no conflito se apresentem com os seus advogados, é aconselhável que o mediador defina antecipadamente o papel a desempenhar pelos mesmos. A função básica dos advogados consiste em proteger os seus clientes de acordos prejudiciais ou ilegais, devendo garantir que qualquer composição reflecta plenamente o resultado da mediação e seja, portanto, benéfica para os interesses do seu cliente.”

¹⁴⁴ No mesmo sentido, Vezzulla, Juan Carlos, obra citada, pag 107, também quando refere “(...)O advogado pode ou não tomar parte nas sessões de mediação, cabendo esta escolha a si e ao seu cliente. Participando, poderá informar, investigar e assessorar o seu cliente sobre o que é mais conveniente para ele. Participando ou não, o advogado prestará sempre assessoria, ciente do espírito da mediação, que vela sobre os interesses dos clientes e o seu relacionamento, visando o presente e o futuro. É sua função sugerir, e não impor, soluções alternativas e fazer com que o cliente se capacite do compromisso que vai assumir, da sua transcendência e da repercussão futura, para que possa decidir se essa é a solução que o satisfaz.(...)não se trata de trabalharem um contra o outro, mas sim um com o outro.”

¹⁴⁵ Também nesse sentido Brown, Henry e Arthur Marriott, obra citada, pag. 131

¹⁴⁶ Parkinson, Lisa, obra citada, página 64 e 65, é da opinião de que a participação de advogado na mediação familiar, que é frequente nos EUA e pouco comum nos países europeus, deve ser muito bem explicitada e estabelecidos limites para o respectivo envolvimento, já que o advogado tem a tendência de transformar a mediação num processo contencioso

participe, coopere activamente com o mediador, na busca, conjuntamente com a outra parte, das melhores soluções para o caso.

A representação do cliente na mediação, por parte do advogado, admite-se até poder ir mais longe, isto é, conferindo ao advogado a função de substituir a própria parte. Para tanto, concretamente no âmbito dos conflitos pessoais, e para além do que acima vai dito, o advogado *“(...) deverá consubstanciar-se dos interesses do cliente e não ir à mediação com o intuito de vencer a outra parte ou de impor a sua perspectiva de solução. Pelo contrário, esclarecido o problema, o advogado deverá procurar, junto da outra parte, as melhores e mais satisfatórias soluções para ambas.(...) Cooperação e não competição, motivações e não discursos fechados e cristalizados, criatividade e não reiteração de soluções “standard”, vontade das partes e não decisão de terceiros, cooperação e confiança e não oposição e desconfiança. Em mediação são estes os parâmetros com que o advogado deverá preparar o caso e o cliente”*¹⁴⁷.

Sucede, porém que, este entendimento doutrinário não teve sempre um absoluto acolhimento no nosso sistema jurídico relativamente à mediação.

Anteriormente à entrada em vigor da Lei da Mediação, e concretamente onde a figura sempre tinha preponderância, na Lei dos Julgados de Paz, desde logo o artº 38º da Lei referida obrigava –como ainda hoje continua a obrigar, aliás –à comparência pessoal das partes¹⁴⁸.

Já não assim hoje para o específico efeito de mediação, pois a Lei da Mediação, no seu artº 18º, possibilita às partes fazerem-se representar¹⁴⁹.

Por outro lado, o artº 53º, que dispunha sobre a mediação e hoje está revogado nessa parte por força da nova Lei da Mediação, referia no seu nº 5 que as partes podiam ser *assistidas por advogados, peritos técnicos ou outras pessoas nomeadas*.

¹⁴⁷Vezulla, J. C., obra citada, pag 108

¹⁴⁸No mesmo sentido o artº 8º da Lei 20/2007 de 12/06 quanto à mediação penal

¹⁴⁹ Artº 18º nº 1 da Lei nº 29/2013 de 19/04: *As partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo er acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores*.

E ulteriormente, a Portaria nº 426/2002 de 22/04, que veio aprovar o Regulamento dos Serviços de Mediação dos Julgados de Paz, estabeleceu, no seu artº 9º nº 1 que *“as partes têm de comparecer pessoalmente às sessões de pré-mediação”* acrescentando que, podem as partes, *“desde que ambas dêem o seu acordo, fazer-se acompanhar de advogado, advogado-estagiário ou solicitador.”*

Tal norma veio a ser objecto de um parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, o Parecer E-30/2002 de 12 de Julho ¹⁵⁰, opondo-se veementemente à expressão *“desde que ambas dêem o seu acordo”* e pugnando pela sua retirada ou substituição da referida norma, por entender, em resumo, que a mesma contraria o direito constitucional de patrocínio forense e o próprio direito estatutário do mandato forense tal como está consignado.

¹⁵⁰ In *Boletim da Ordem dos Advogados* nº 23 (Novº e Dezº de 2002), pag. 52: *“(…)A mediação é- ou pode ser- subdividida em dois momentos: o da pré-mediação e o da mediação propriamente dita.*

Para além do apuramento da bondade da solução, que se afigura pesada (de tal sorte que o pré-mediador não pode coincidir com o mediador) o certo é que a Portaria(...)consagra, no artº 9º nº 1 que “as partes têm de comparecer pessoalmente às sessões de pré-mediação...” mas acrescenta uma inovação de monta que é a seguinte: “podendo, desde que ambos dêem o seu acordo, fazer-se acompanhar de advogado, advogado-estagiário ou solicitador”. Esta norma é, na pura lógica, um absurdo.

Independentemente de apurar da legalidade e da constitucionalidade da solução, basta atentar no facto de um dos contendores constituir mandatário judicial e apresentar-se nas diligências de mediação acompanhado por ele e, sob invocação desta norma, a contraparte beneficiaria do poder de revogar o mandato judicial do seu opositor. Tal solução criaria o fantástico poder a qualquer cidadão de se opor à permanência e exercício do mandato de um advogado, depois de revogar o mandato do seu próprio mandatário judicial. (...) No entanto, como se tal não bastasse, a referida norma da Portaria(...) é ilegal face `própria Lei dos Julgados de Paz(Lei 78/2001 de 13 de Julho) que expressamente consagra o direito das partes se fazerem acompanhar por advogado, advogado-estagiário ou solicitador (artº 38º) não fazendo depender o exercício desse direito e a sua substância de qualquer vontade estranha à do mandante(...)Sendo o patrocínio forense um “elemento essencial à administração da justiça”(artº 208º CRP) por um lado, e, face à natureza absoluta da admissibilidade do mandato forense(artº 54º do EOA) já que “...é sempre admissível e não pode ser impedido perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para a defesa dos direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses...” não se alcança o fundamento filosófico da ablação desse direito e, o que é grave, para colocar o seu exercício nas mãos e no alvedrio da contraparte o que, sem mais, imporá a conclusão da integral subversão da própria natureza do mandato forense. (...)”

Tal Parecer foi alvo de duras críticas ¹⁵¹, tendo precisamente sido aduzidos como argumentos *a contrario* muitas das características e notas distintivas da mediação que analisamos acima: que na mediação sempre predomina a vontade das partes, que

o seu procedimento do princípio ao fim só depende da sua vontade, que o mediador não tem qualquer autoridade ou poder, que as condições a estabelecer pelas partes em ordem à mediação nada têm de legais ou de ilegais – são o que elas querem, apenas-, e que, no tocante à pré-mediação, as partes não estão a formar qualquer vontade negocial mas apenas a sua predisposição para virem a negociar.

E, pese embora o esclarecimento aduzido pelo Conselho Geral por via do exercício de direito de resposta¹⁵², a crítica acentuava que o artº 54º nº 1 do EOA consagrará o direito à assistência de advogado perante qualquer autoridade ou jurisdição, mas não servirá para impor a assistência de advogado, em quaisquer circunstâncias, em processos meramente negociais, sobretudo entre particulares.

Assim, daqui e dali, resultaria, no dizer de João Luís Lopes dos Reis ¹⁵³ que *“(...) com ou sem o artº 9º nº1 da Portaria(...), é lícito a qualquer das partes recusar negociar se a outra estiver acompanhada de advogado. Daí pode resultar a frustração da tentativa; mas se porventura a condição for satisfeita, a satisfação da condição nem sequer vicia o procedimento negocial. É que tudo depende da vontade das partes; e se elas querem negociar, ainda que em condições absurdas, nada impede que o façam. Por outro lado, a recusa da mediação é tão lícita e tão livre, no regime jurídico dos julgados de paz, como a vontade de a tentar. Não tem, sequer, de ser justificada. E por isso não constitui ilegalidade a recusa de uma das partes de avançar para a mediação, pelo facto de a parte contrária estar acompanhada de advogado.”*

Por outro lado, chamava à atenção – e bem, no nosso entender- que nunca se trataria de mandato judicial mas, quando muito, de mandato puramente forense, sendo que, as mais das vezes nem se trataria de mandato, já que, na

¹⁵¹ Encabeçadas pelo Advogado, Reis, João Luís Lopes dos, pag 48 e seguintes do Boletim acima referido.

¹⁵² Correia, João, Advogado, na qualidade de Primeiro Vice-Presidente do Conselho Geral in Boletim supra, pag 52

¹⁵³ Ver nota 149 supra

presença da parte e na lógica da figura mediação, quem negocia é a parte e não o advogado, remetendo-se este à pura assessoria.

Donde, também que, ao contrário do que parecia defender o Parecer, a parte que não aceite que a outra seja acompanhada de advogado nunca estará a “revogar” o aludido mandato. No limite, quem o poderia fazer seria a própria contraparte visada, ao aceitar ou conformar-se com aquela tomada de posição. De qualquer modo, é facto que a norma só se refere à “presença” de advogado, pelo que, mesmo não estando presente e tão só as partes, nem por isso tal fará cessar, de per si, a sua prestação de serviços.

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados mantém o seu entendimento de que o artº 9º nº 1 da Portaria referida importa uma *“limitação(...)insuportável e preconiza o seu banimento da Ordem Jurídica, fundando-se nos Estatutos da Ordem dos Advogados, na CRP e na consciência colectiva da Advocacia portuguesa, que suportam uma garantia fundamental de qualquer cidadão concretizada no direito de nomear e fazer-se representar por Advogado”*¹⁵⁴.

Seja como for, continua sendo opinião unânime, como já atrás vimos, e por todas as razões expostas, a de que *“é muito importante ganhar os advogados para a causa da mediação”*¹⁵⁵.

Mais ainda, e para além de poder contribuir decisivamente, concorrendo para a eficácia do procedimento de mediação, por via dos esclarecimentos, da assessoria prestada ao cliente, funcionará ainda como “fiscalizador” do próprio mediador, controlando, assim, a correcção da actividade deste.

E, finalmente, como referem alguns autores¹⁵⁶, o advogado que encara a mediação como mais um meio ao seu dispor e dos seus clientes, também colherá, muito para além da remuneração, inúmeras outras vantagens.

¹⁵⁴ Ver nota 79 supra.

¹⁵⁵ Gouveia, Mariana França, obra citada, pag. 46.

¹⁵⁶ Gouveia, Mariana França, obra citada, pag. 47, citando Srdan Simac in “Attorneys and Mediation”, 2009, refere a *“boa reputação profissional em virtude da satisfação dos clients; maior eficiência na gestão do tempo; desafio profissional pela utilização de novas técnicas e competências; criatividade na resolução dos conflitos; eliminação da tensão inerente aos tribunais; satisfação pessoal por oferecer aos clients a melhor solução para o seu caso; melhor conhecimento dos interesses e expectativas dos clients; eliminação do risco de uma decisão desfavorável em tribunal; possibilidade de escolher um mediador; contribuição para o interesse da comunidade na criação de um Sistema de justice mais eficaz.”*

E isto sem esquecer que, ele próprio, advogado, salvaguardado o conflito de interesses ¹⁵⁷, também poderá exercer a actividade de mediador.

Actualmente, entre nós e no contexto da Lei da Mediação, Lei 29/2013 de 19 de Abril, não há alterações significativas quanto à questão da intervenção do advogado. Os artº 18º e 36º regulam directa e positivamente esta questão:

as partes estão obrigadas a comparecer, pessoalmente ou por via de representação, mas no âmbito dos sistemas públicos de mediação poderá a regulação própria destes determinar a obrigatoriedade de comparência pessoal sem a possibilidade de representação.

A intervenção, possível, do advogado, conforme o já acima anotado, é referenciada no artº 18º:

“as partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo ser acompanhadas por advogados (...)”.

Na Lei dos Julgados de Paz, por via da harmonização de regimes promovida pela Lei nº 54/2013 de 31/07, desapareceu a referência que existia no antigo nº 5 do artº 53.

Tudo se reconduz, pois, à Lei da Mediação.

4.4 A integração da mediação no sistema jurídico

4.4.1 Mediação obrigatória e facultativa

Referimos já que a integração da figura no sistema jurídico pode ocorrer ora pela via obrigatória, impositiva, ora pela via facultativa.

Em Portugal, a mediação é de natureza facultativa – o que, diga-se, alinha com a vertente “facilitadora” da mediação que o sistema jurídico português quis privilegiar e que, aliás, já vinha acolhendo como prática, ainda antes da transposição da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

¹⁵⁷ Ou na situação de ter intervindo no caso como advogado, pois ficariam comprometidas, pelo menos, a confidencialidade e a neutralidade.

Facto é que, a referida Directiva também não impôs qualquer regime para a integração da mediação, como se vê do seu artº 5º, mantendo-se à margem desta questão.

É assim que, entre nós, a mediação, que segue a via facultativa como se referiu ¹⁵⁸, tanto pode operar judicialmente – desde logo junto dos julgados de paz ¹⁵⁹, ou então ao alcance das normas que a regulam junto dos tribunais tradicionais do Estado ¹⁶⁰ - como extrajudicialmente, designadamente através dos sistemas públicos (ou privados) de mediação.

Quanto à mediação em tribunal, ela pode ocorrer previamente à instauração da acção respectiva ou então verificar-se a sua oportunidade quando a acção já decorre – neste caso dar-se-á a suspensão desta (artº 273º nº 1, 2 e 3 CPC) .

Conforme já atrás o referimos, em Portugal a mediação, dita “facilitadora”, foi deveras impulsionada com o reinvestimento ¹⁶¹ feito pelo legislador português na figura dos julgados de paz.

A Lei dos Julgados de Paz, Lei nº 78/2001 de 13/07 alterada pela Lei nº 54/2013 de 31/07, continua a consagrar a mediação como um serviço do próprio julgado de paz – artº 16º da Lei - e nos seus artº 49º e seguintes, institui a mediação como uma fase por que o processo poderá passar - aliás, por que é desejável que passe. Sempre voluntariamente e sem constrangimentos ¹⁶².

Tudo começa com a pré-mediação, e, se as partes estiverem motivadas para tanto, seguir-se-á a concreta mediação.

¹⁵⁸ Embora sejam de anotar as normas ou regras que, de algum modo, condicionam ou poderão condicionar a livre escolha, sancionando o não recurso à mediação, ou mesmo a outros meios ditos alternativos, como é o caso do actual artº 533º nº 4 CPC (anteriormente já em vigor desde 2008, por via do artº 447º-D) quanto a custas de parte.

Além disso, nos termos do artº 273º nº 1 CPC (e já antes no antigo artº 279º-A do CPC), a regra da voluntariedade é “enviesada”: o juiz pode remeter o processo para mediação, se o entender conveniente, mas as partes podem opor-se. Nesse caso a remessa não operará.

¹⁵⁹ Júdice, José Miguel, “Arbitragem e Mediação: Separados á Nascimento?”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (2008), Almedina, páginas 61 a 74, defende que a arbitragem e a mediação, enquanto meios alternativos aos tribunais judiciais, são também meio alternativos entre si, não podendo o árbitro agir como mediador.

¹⁶⁰ Artº 273º do CPC

¹⁶¹ Como vimos atrás(nota 25), por via da resenha histórica de J. O. Cardona Ferreira, a figura não é uma novidade.

¹⁶² Como, aliás, na mediação familiar (artº2º e 6º SMF?) ou na mediação penal (artº3º nº 5)

Mas, se o cenário que hoje temos é este, no âmbito da opção voluntária pela mediação, tal não significa que a situação se mantenha.

Sopram os ventos de mudança, sobretudo na perspectiva ambivalente da complexa questão da desjudicialização / judicialização e informalização da justiça ¹⁶³, que paulatinamente se vai reformulando.

A tendência poderia ser para, mais do que persuadir, vir, um dia, a impor-se o recurso à mediação.

Isto é, torná-la obrigatória, como já o é nalguns sistemas jurídicos ¹⁶⁴.

Mas tal não é assim tão óbvio.

Desde logo, há doutrina que intui que a implantação geral da mediação como obrigatória, não seria bem aceite, pelo menos na actualidade, sendo preferível ir mantendo regimes intermédios, facultativos ¹⁶⁵ ou mesmo “induzidos” ¹⁶⁶.

Efectivamente, as opiniões dividem-se, desde logo pela dificuldade de coadunar o carácter obrigatório da mediação com a natureza intrinsecamente dependente da disposição da própria parte para ser mediada.

De facto, para que a mediação seja um sucesso – isto é, para que seja alcançado um acordo, é sobremaneira relevante, senão mesmo imprescindível, que a parte se sinta fortemente envolvida, que acredite na utilidade do meio, que se empenhe nele convictamente.

Tal será, por princípio, conatural à mediação quando ela é facultativa, mas poderá já não o ser quando é imposta.

Daí que haja quem entenda, como Paula Costa e Silva, que a mediação de carácter obrigatório - e também a que resulta de persuasão ou indução,

¹⁶³ Ver a opinião de Torres, Agostinho Sousa, na qualidade de Juíz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra à data de 2003, in “Interrogações à Justiça”- Livro promovido pelo *Movimento Justiça e Democracia*, Edições Tenacitas, (2003).

¹⁶⁴ Como é o caso da Alemanha, nalguns Estados (ver Paula Costa e Silva, obra citada, pag. 50 e seguintes e também 45, nota 58) e também da Argentina, onde a mediação preliminar a qualquer processo judicial é, salvo algumas excepções, obrigatória (ver Zulema D. Wilde e Luis M. Gaibrois, obra citada, página 92 e seguintes).

¹⁶⁵ Gouveia, Mariana França obra citada, pag. 58.

¹⁶⁶ Na expressão de Silva, Paula Costa e, obra citada, pag. 46, quando se refere a algumas “condições” impostas pelo legislador para a obtenção de benefícios correlativos (exº custas).

quando existem, são “*uma fatalidade transitória*”, “*meras etapas num processo de descoberta, pelo cidadão, que o conflito se resolve pelo diálogo, a abertura, a cedência*”¹⁶⁷.

O carácter obrigatório não parece, pois, a vocação ou o destino da mediação.

Por outro lado, também é importante saber se a adopção da mediação de tipo obrigatório seria compatível com a reserva do direito de acesso à justiça (artº 20º da CRP), também consignado no artº 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁶⁸.

Precisamente, a experiência que se conhece do sistema alemão, nos Estados em que foi adoptada a regra da mediação obrigatória, funda-se em razões de ordem pragmática como a promoção da paz social e o controle dos custos da justiça tradicional para a encarar como um pressuposto processual do exercício do direito de acção.

Isto é, trata-se de agarrar a mediação para, através dela, reduzir o número de processos nos tribunais, o que ajudará à diminuição da afectação de recursos necessários ao desempenho da função jurisdicional.

Desta forma, a mediação assume a qualidade de mediação “*pré-processual*”¹⁶⁹ obrigatória e, enquanto tal, como pressuposto processual, se não concretizada, constituirá um vício de natureza processual que impede a prossecução da acção enquanto a mediação não for levada a efeito¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Obra citada, pag. 46, onde explicita que “(...) a curto ou médio prazo, todos terão interiorizado as vantagens de uma justiça feita à margem dos actos de heteronomia. Recorrerão espontaneamente, a centros de resolução de conflitos não judiciais. A função jurisdicional tornar-se-á de exercício marginal. Será o tempo de uma sociedade de tal modo madura e adulta que poderão, então, suprimir-se, mediação obrigatória e mediação induzida. E, nesse momento, quando já nada obrigar ou determinar as partes em conflito a recorrerem à mediação, elas poderão finalmente afirmar que recorrem a este sistema voluntariamente. Até lá, afirmar que a mediação assenta em actos de livre vontade é pura retórica. O recurso à mediação ou a qualquer outro meio só é verdadeiramente livre se a parte não for condicionada nesse recurso.”

¹⁶⁸ Consultada em 28-08-2013 em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>

¹⁶⁹ Para usar a denominação de Silva, Paula Costa e in obra citada, pag. 51

¹⁷⁰ Trata-se, em linguagem de direito processual civil, de uma condição de admissibilidade da acção.

Assim, suspensa a instância, tudo indica que, na lógica do princípio aparentemente subjacente no sistema alemão (transparência e pacificação social), haverá que remeter as partes para a mediação ¹⁷¹, a fim de sanar o vício – tal é, também, o regime regra que vai sendo comumente aceite de valorização do mérito sobre a forma.

Sucedee, porém que, na prática jurisdicional alemã, nos Estados que impõem a mediação obrigatória previamente à instauração da acção judicial, já há jurisprudência que entendeu que, afinal, não tendo sido cumprida esta condição prévia, também não será possível saná-la, reconduzindo a mediação na pendência da própria acção ¹⁷².

Desta feita, a instância terá de extinguir-se.

Trata-se de uma tomada de posição algo surpreendente, contrária a todos os princípios acima expostos, e que traduz uma motivação diversa, unicamente preocupada, parece, com o objectivo de libertar os tribunais.

E que, afinal, parece subverter o propósito, o impulso natural da resolução autónoma de conflitos: o fluído da composição autónoma é sempre de índole positiva, mas muito susceptível.

Criar obstáculos às pessoas neste âmbito, é desmotivá-las de correrem atrás do entendimento – de se encontrarem num determinado ponto, enfim.

Para além destas questões, fica em aberto uma outra, que é essencial: é constitucionalmente admissível que o legislador alemão imponha aos seus

¹⁷¹ De notar que, o nosso legislador consagrou, no artº 273º nº 1 do CPC, a possibilidade de o juiz, se o entender adequado, remeter as partes para a mediação, suspendendo a instância pelo tempo respectivo, mas trata-se de uma medida de carácter eventual no contexto do desenrolar do litígio, não é nenhuma condição *sine qua non* da prossecução da acção.

¹⁷² Silva, Paula Costa e, in obra citada, pag 54 e seguintes, teve a oportunidade de estudar exaustivamente esta decisão do BGH de 23/11/2004, para concluir que, o que relevou no entendimento fixado de manter a decisão de extinção da instância por ausência do pressuposto processual foi, conforme afirmação expressa do tribunal de recurso, que, “*o que está em causa, no novo pressuposto, é a descompressão dos tribunais*”. Donde conclui a autora que, ao decidir como decidiu, o tribunal quis “*modelar condutas*”, quis prosseguir o objectivo estratégico e pedagógico de fazer as partes entender que a mediação pré-processual é mesmo obrigatória e que o desfecho da sua falta será mesmo a extinção da instância. Conclui, portanto, que, no sistema alemão, o objectivo da mediação prévia é tão só o de *afastar a litigiosidade potencial dos tribunais* e nem tanto as apregoadas razões de transparência e pacificação social: se assim fora, não haveria razão para não admitir o procedimento de mediação “*qualquer que fosse o tempo processual em que ocorresse*”.

cidadãos, como condição prévia de acesso ao seu direito de acção nos tribunais do Estado, o recurso à mediação prévia?

A questão não é susceptível de uma resposta linear.

É facto que, semelhante situação impede o interessado de aceder de imediato ao tribunal para dele obter uma solução ditada sobre o seu caso.

Contudo, tem-se entendido que, o direito inalienável de acesso à Justiça, salvaguardado constitucionalmente em cada ordem jurídica e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem ¹⁷³, não é incompatível com algumas limitações ou constrangimentos.

Desde que tais limitações não prejudiquem substancialmente o exercício de tal direito e haja fundadas razões para que sejam implementadas, não parece que tal venha a colidir com aquele princípio constitucional ¹⁷⁴.

Pode, até, estar em jogo um afinamento do exercício de tal direito.

De notar que, tem sido precisamente esse o entendimento nos tribunais dos Estados Unidos da América do Norte, quanto a esta problemática da mediação obrigatória ¹⁷⁵.

Desde que, com o estabelecimento da obrigatoriedade da mediação, não se criem obstáculos excessivos no acesso aos tribunais (nomeadamente enviesando condições de acesso, custos, subvertendo requisitos considerados essenciais), entende-se que está assegurada a compatibilidade de fundo e, por conseguinte, a constitucionalidade da medida.

Em sentido diverso, e, além disso, em clara oposição à decisão do BGH de 23/11/2004 acima referida, uma decisão inglesa ¹⁷⁶:

em 2004, a Civil Division do Court of Appeal da Supreme Court of Judicature, no caso conhecido como “Halsey”, entendeu constituir uma inaceitável restrição ao direito de acesso à Justiça impor à parte a mediação.

¹⁷³ Artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consultada em 28-08-2013 em <http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH/conven%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20proteccao%20do%20homem%20e%20das%20liberdades%20fundamentais.pdf>

¹⁷⁴ Silva, Paula Costa e, obra citada, pag. 71

¹⁷⁵ Gouveia, Mariana França, obra citada, pag. 55

¹⁷⁶ Silva, Paula Costa e, obra citada, pag. 59 e seguintes.

Nem sequer se trata de mediação obrigatória - inexistente no sistema inglês. A problemática insere-se numa condenação em custas pelo facto de a parte se ter recusado a entrar em mediação.

Ora, o Supreme Court of Judicature entendeu que, impor a mediação traduz uma violação do artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, impedindo precisamente a realização do direito de acesso à Justiça.

4.4.2 A mediação no sistema português

No entanto, entre nós, como apontamos acima, vai avançando maioritariamente a institucionalização da mediação de tipo facultativo: a mediação é um instrumento voluntário em todo o seu alcance. As partes socorrem-se dela ou não, mantêm-na ou não, finalizam-na ou não.

É o que decorre de normas como as constantes, entre outros, dos artº 2º alínea a), 4º, 19º alínea b) da actual Lei da Mediação (Lei nº 29/2013 de 19 de Abril), e artº 16º, 49º, 50º, 51º, 55º da actual Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 54/2013 de 31 de Julho).

Na opinião dos autores consultados, não parece que o sistema português caminhe, pelo menos nos tempos mais próximos, no sentido do estabelecimento da mediação como obrigatória.

Nem se crê que um tal sistema, afinal, seja o mais adequado, mesmo de um ponto de vista pedagógico. Chamar o cidadão à força para a causa da mediação, precisamente porque se trata de uma causa que depende, em larga medida, de uma assumpção íntima e convicta do interessado a quem vai dirigida, poderá ser até uma forma de lhe minimizar a eficácia, pois correr-se-á o risco de ver o cidadão a considerá-la apenas como mais uma etapa formal, um passo processual ou não, por que terá de passar para chegar a uma decisão para apelar o conflito em que está envolvido através do esforço de um terceiro que não ele próprio.

De todos os modos, e conforme o acima referido e resultante, quer da doutrina (ver notas supra) ¹⁷⁷ quer da jurisprudência emblemática maioritária, entende-se que, desde que salvaguardado o núcleo essencial do direito de acesso à justiça, não haverá motivo para considerar inconstitucional a mediação obrigatória.

Tudo dependerá, pois, dos níveis de constrangimento que, para atingir tal objectivo, sejam impostos ao cidadão.

De facto, educar para a cidadania – e a adopção de formas alternativas e adequadas de resolução de conflitos por via diversa da heterónoma tradicional, que impliquem o envolvimento responsável e responsabilizante do cidadão, também é uma forma de o alcançar – também implica alguma relativização, ou reponderação, de direitos tidos por absolutos, precisamente como forma de, ao invés de dificultar a concretização do direito de acesso aos tribunais, antes “*aproximar a Justiça ao cidadão*” ¹⁷⁸.

4.4.3 Sistemas públicos de mediação

Conforme já atrás referimos, os meios de resolução alternativa de litígios, em Portugal, tem-se desenvolvido progressivamente.

As questões relacionadas com o consumo e o *status* do consumidor, por um lado, cedo provocaram a dinamização de centros de arbitragem de consumo e de informação autárquica ao consumidor, marcando decisivamente o advento da arbitragem de conflitos nesta área.

Nestes centros de arbitragem sempre se fêz mediação. Inicialmente com pouca expressão mas, curiosamente, e por via da problemática do

¹⁷⁷ No mesmo sentido, também, Gouveia, Mariana França obra citada, pag. 56: “(...)o que se pretende é proibir o Estado de impedir o exercício dos direitos pelos cidadãos. Ou seja, se o Estado impedir que uma pessoa exerça em tribunal o seu direito, estará a esvaziá-lo de conteúdo útil. Só deve, assim, falar-se de restrições inconstitucionais ao direito de acesso à justiça quando essa restrição impeça efectivamente o exercício do direito.

Ora, não é de todo isto que está em causa quando se institui a obrigatoriedade da mediação(...)”

¹⁷⁸ Silva, Paula Costa e, pag. 57, onde, em concretização, pormenoriza: “É claro que esses sistemas, como se ponderou já no sistema jurídico norte americano, têm de cumprir alguns requisitos ao nível das garantias dos particulares, como um prazo máximo relativamente curto, custos razoáveis, imparcialidade e independência do mediador e protecção do conteúdo das sessões através de confidencialidade. São garantias amplas de um processo de mediação justo, pressuposto de que um procedimento deste género imposto ao utente da justiça se integra precisamente no direito de acesso à justiça.”

sobreendividamento, que constitui uma das grandes preocupações da União Europeia, a mediação, ligada a estes centros de arbitragem, beneficiou de apuramento e incremento, chegando mesmo a ser obrigatória, funcionando como *“uma condição indispensável ao acesso à via judicial, na medida em que só é admissível o recurso ao tribunal quando o acordo voluntário não foi alcançado”*¹⁷⁹.

Vimos também que, paralelamente, a mediação ganhou visibilidade com a Lei nº 78/2001 de 13/07, implementadora da figura dos Julgados de Paz. Nessa instância, como sabemos, o conflito pode ser resolvido por via de mediação, de conciliação ou de julgamento.

Precisamente, com o advento destes Julgados, a mediação, pela relevância da sua imediata e directa intervenção sobre o conflito, teve de se consolidar tecnicamente.

É assim que vieram proliferando os cursos de formação de mediadores, até porque, para o exercício de tal função nos Julgados de Paz e nos sistemas públicos, é exigida essa formação certificada.

Ora, a par da mediação prosseguida nos Julgados de Paz, o legislador português tem procurado dar acolhimento a sistemas públicos específicos de mediação.

Tais sistemas têm o seu regime jurídico repartido entre a Lei da Mediação (artº 30º e seguintes) e os diplomas que os criaram e vêm regulando (artº 47º da Lei).

Num relance sobre os sistemas públicos em acção em Portugal, e sem esquecer o já referido acima a propósito do sobreendividamento no âmbito do

¹⁷⁹ Observatório do Endividamento dos Consumidores, “A resolução alternativa de litígios aplicada ao sobreendividamento dos consumidores: virtualidades da mediação”, pag. 46, consultado em www.ces.uc.pt, onde também se refere que “(...) Vários regimes europeus (por exemplo, francês, belga, holandês, alemão, austríaco, finlandês, sueco e norueguês) partilham deste entendimento que subjaz à filosofia da reeducação, impondo aos sobreendividados o cumprimento de um plano escalonado de pagamentos amigável (...). Durante a fase extrajudicial, onde se verifica a tentativa de mediação, o devedor pode contar com a colaboração e auxílio de especialistas(...)”

consumo, vão também fazendo o seu percurso os serviços de mediação familiar, laboral e penal.

A primeira começou por ser levada a efeito num Gabinete de Mediação Familiar criado em 1997 na comarca de Lisboa, única e exclusivamente vocacionado para resolver conflitos relativos ao exercício do poder paternal, hoje designado “responsabilidade parental”.

Rapidamente a mediação familiar, através do Sistema de Mediação Familiar criado dez anos depois, em 2007, alargou o seu âmbito, precisamente, à dimensão alargada dos conflitos de natureza familiar considerados susceptíveis de serem resolvidos por esta via ¹⁸⁰, em todo o território nacional, através dos municípios.

E pode ocorrer antes de qualquer processo judicial ou mesmo na pendência deste.

Em 2006, havia já surgido, também, por iniciativa do Ministério da Justiça e em articulação protocolada com várias Confederações de trabalhadores e entidades patronais, o Sistema de Mediação Laboral, dirigida à resolução de conflitos resultantes da relação de trabalho, excluídos aqueles que resultem de acidentes de trabalho ou, ainda, se prendam com questões relativas a direitos de natureza indisponível.

É um sistema que funciona aparte dos tribunais e por via da gestão directa do Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça, mediante intervenção de mediador indicado por aquele Gabinete.

Envolta em alguma polémica no que toca à sua missão e finalidades, surge, também em 2007, a mediação penal ¹⁸¹. Com objecto limitado a alguns tipos de crime ¹⁸² o objectivo deste tipo de mediação foi o de introduzir no nosso

¹⁸⁰ Silva, Paula Costa e, obra citada, pag 61 e Lei da Mediação : regulação, alteração e incumprimento das responsabilidades parentais, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos, atribuição de casa de morada de família, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge.

¹⁸¹ Lei nº 21/2007 de 12 de Junho.

¹⁸² Artº 2º da Lei nº 21/2007 de 12/06

sistema jurídico formas de executar a Decisão -Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

Veremos adiante, mais em pormenor, o alcance do objecto dos sistemas públicos de mediação na implementação da figura da mediação.

5. Aspectos evolutivos do regime jurídico da mediação em Portugal

No vertiginoso processo de transformação em que o Direito e todo o sistema jurídico se encontram, a mediação, como vimos vendo, apresenta-se como um processo informal de regulação de conflitos.

Trata-se, contudo, de uma informalidade conformada, não apenas pelas relativas regras e etapas em que o procedimento se desenvolve consoante o tipo de conflito em presença, mas também pelos princípios básicos que, além daquela informalidade feita desconstracção, a sustentam: a confidencialidade e a neutralidade.

Todos estes princípios concorrem para a busca de um ambiente fluído e comunicante, que propicie, no desenrolar do processo, a tal “ *lógica de “desconstrução – reconstrução”, ou seja, (...) a passagem de uma fase de “separação” antes da “reconstrução” da relação social*” ¹⁸³.

Já referimos atrás que a mediação integrada no nosso sistema jurídico é, em regra, a denominada de facultativa, e que tanto pode estar inserida nos tribunais – como sucede com os julgados de paz - como pode operar extrajudicialmente – como sucede com os sistemas públicos de mediação.

E que pode ser pré-judicial – isto é, anterior à instauração de uma acção judicial ou arbitral – ou mesmo contemporânea de tal acção.

¹⁸³Pedroso, J., C. Trincão, J.P. Dias, *Por Caminhos da Reforma da Justiça*, Coimbra, (2003), Coimbra Editora, página 419.

Vimos, também, que, não obstante experiências pontuais anteriores, sobretudo no âmbito dos centros de consumo a propósito dos conflitos desta natureza, só mesmo com a Lei dos Julgados de Paz é que a mediação ganhou visibilidade.

Foi um primeiro passo de relevo ¹⁸⁴.

O segundo adveio com a inclusão da mediação no Código de Processo Civil e, contemporaneamente, algumas alterações legislativas consolidando a figura.

Temos, pois, que, sistematizando:

1- o primeiro momento legislativo relevante para a mediação adveio com a Lei nº 78/2001 de 13/07, hoje alterada pela Lei nº 54/2013 de 31/07,

2- e, depois de alguma normativização específica com a mediação laboral em 2006, com a mediação penal em Junho (Lei nº 21/2007) e a mediação familiar em Julho, ambas de 2007, e até com a inclusão, por via do DL 34/2008 de 26/02, do artº 447º-D (hoje artº 533º) no Código de Processo Civil relativo a custas de parte ¹⁸⁵,

3- a mediação ganha projecção, num segundo momento, agora por via da Lei nº 29/2009 de 29/06, com a sua autonomização expressa no Código de Processo Civil hoje alterado pela Lei 41/2013 de 26/06, mas que a mantém no seu artº 273º.

Aquela Lei nº 29/2009 (Lei do Inventário, hoje revogada pela Lei 23/2013 de 05/03) foi, afinal, a escolhida – opção não isenta de dúvidas ^{186 187} - pelo

¹⁸⁴ Na opinião de Vargas, Lúcia Dias, obra citada, páginas 67 a 69, a inclusão da mediação na Lei dos Julgados de Paz reflecte a influência do “movimento multiportas” que se vinha implantando, à altura, nas ordens jurídicas de alguns países europeus, bem como o facto de, em ordens jurídicas como a alemã, a francesa e até a inglesa, a legislação processual geral ter acolhido a mediação, o que entre nós veio a acontecer perto de dez anos depois.

¹⁸⁵ Um caso de mediação “induzida”, como vimos atrás.

¹⁸⁶ Vicente, Dário Moura, “A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa” - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (Ano 2005), Almedina, pag. 125-148: “Esta forma de transposição não deixa de suscitar algumas reservas. À uma, porque a mesma teve lugar através de um diploma legal cujo objecto precípua – o processo de inventário – nenhuma relação possui com a figura jurídica de que a Directiva se ocupa. Depois, porque se perdeu deste modo a oportunidade de introduzir no ordenamento jurídico português uma lei que disciplinasse especificamente a mediação em matéria civil e comercial(...) o que conferiria maior visibilidade a este instituto como meio de resolução alternativa de litígios. Finalmente, porque se regulou no Código de Processo Civil a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade, quando o Código civil era, entre nós, a sede legislativa desta matéria – em conformidade, de

legislador português para efectivar a transposição, para a nossa ordem jurídica, da Directiva 2008/52/CE de 21/05 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a mediação em matéria civil e comercial.

No entretanto, como veremos adiante, a Lei nº 29/2013 de 19/04 veio, agora especificadamente, legislar sobre mediação em Portugal, concretamente sobre os princípios gerais aplicáveis, sobre o regime jurídico da mediação civil e comercial, dos mediadores e dos sistemas públicos de mediação.

Esta Lei, de alguma forma, pelo conteúdo e pela precedência, interferiu na forma como a Lei nº 54/2013 de 31/07 veio regular aspectos da mediação desenvolvida no âmbito dos julgados de paz.

Por conseguinte, o regime jurídico da mediação é, hoje, como já se percebeu, o resultado dos reajustes destas sucessivas alterações em vários planos e a várias velocidades.

5.1 Um passo decisivo: a mediação no âmbito dos julgados de paz

Tomando, então, como ponto de partida a Lei nº 78/2001 de 13/07, bem anotam alguns autores ¹⁸⁸ ¹⁸⁹, que a forma como a mediação foi integrada no contexto desta lei suscita alguma estranheza. Não lhe é dada solenidade sistemática, ao contrário do que faria prever a motivação subjacente à implementação da figura. Pelo contrário, aparece dispersa pelos capítulos III, IV e V, respectivamente, nos artº 16º, 35º e 53º.

O artº 16º, sob a epígrafe “Serviço de Mediação”, no nº 1 introduz a figura dizendo que, “ *em cada julgado de paz existe um serviço de mediação que*

resto, com a natureza substantiva, e não processual, que essas figuras têm no ordenamento jurídico português.”

¹⁸⁷ No mesmo sentido, Xavier, Rita Lobo, “Transacção Judicial e Processo Civil”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, (2010), Coimbra Editora, pag 817-835, pag 832.

¹⁸⁸ Pereira, Marcos Keel, “A Mediação nos Julgados de Paz No Contexto da Crise da Justiça”, (2002), *Working Paper nº 7*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, página 8.

¹⁸⁹ No mesmo sentido Vargis, Lúcia Dias, obra citada, página 126

disponibiliza a qualquer interessado a mediação, como forma de resolução alternativa de litígios,” e o nº 2 estatui a função da mediação nos julgados de paz: “o serviço tem como objectivo estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo das partes”.

Donde resulta que, no âmbito dos julgados de paz, *“o serviço de mediação, enquanto meio de resolução alternativa de conflitos, (é) prévio e preferencial ao julgamento”*¹⁹⁰.

Há uma opção inequívoca pela prévia obtenção de um acordo sobre o litígio por esta via, o que, a ser alcançado, afasta a via contenciosa.

Mas não se fica por aqui.

É que o nº 3 deste artº 16º, ao delinear o alcance da mediação integrada nos julgados de paz, projecta-a além destes.

Isto é, a mediação pode versar sobre conflitos que estejam fora da competência dos próprios julgados de paz.

É assim que tal norma referia, no vigor da Lei nº 78/2001, que *“o serviço de mediação é competente para mediar quaisquer litígios, ainda que excluídos da competência do julgado de paz, com excepção dos que tenham por objecto direitos indisponíveis”.*

Hoje, ao abrigo da redacção que lhe foi dada pela Lei nº 54/2013 de 31/07, expressa que *“o serviço de mediação é competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objecto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgado de paz.”*

O actual legislador, portanto, para além de deixar em aberto a natureza dos litígios susceptíveis de mediação - o que, não obstante, a Lei nº 29/2013 já viera circunscrever no seu artº 11º - manteve aquilo a que se veio chamando de “mediação extra-competência”, também regulada através da Portaria nº 436/2002 de 22/04¹⁹¹.

¹⁹⁰Vargas, Lúcia Dias, obra citada, página 127

¹⁹¹ Que, como refere Lúcia Dias Vargas, na mesma obra e página, se impunha, por corresponder à motivação do Estado ao disponibilizar o serviço de mediação nos julgados de paz, *“como forma de a promover para além do próprio julgado de paz e da tutela estatal.”*

Temos, pois, que a mediação nos julgados de paz tanto funciona como preliminar (artº 43º nº 7, 45º nº 2, 49º e 50º, 51º e 56º da Lei 78/2001 com a redacção que lhe foi dada pela Lei 54/2013) do processo ali instaurado ao abrigo da competência do julgado de paz, como pode operar autónoma e independentemente, para além daquela competência, sempre que estejam em jogo, em matéria civil e comercial, interesses de natureza patrimonial ou mesmo outros de natureza não patrimonial mas em que seja possível, à luz do direito, celebrar transacção (artº 11º da Lei 29/2013).

O artº 35º, sob a epígrafe “Da mediação e funções do mediador”, contextualizava e enquadrava a intervenção do mediador na mediação.

Do nº 1 constava a única noção legal elaborada de mediação, vigente no nosso sistema jurídico até meados de Abril de 2013, como atrás vimos: *“A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.”*

Dos nº 2 e 3 constavam a qualidade (*o mediador é um terceiro neutro, independente e imparcial, desprovido de poderes de imposição aos mediados de uma decisão vinculativa*) e atribuições do mediador.

Como quase todos os normativos do capítulo IV da Lei 78/2001, este artº 35º foi atingido pela influência da Lei nº 29/2013.

Aliás, e em conformidade, integralmente revogado pela Lei nº 54/2013.

Em contrapartida, com a Lei nº 29/2013 passamos a ter, formalmente na alínea a) do artº 2º, como vimos já, a primeira definição legal: *“Mediação” é a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.”*

A alínea b) do mesmo artº 2º passa a definir como *“Mediador de conflitos” um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos*

mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objecto do litígio.”

As definições agora adoptadas não são essencialmente diferentes daquelas que originariamente conhecíamos da Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 78/2001). Isto se as tomarmos no contexto da Lei nº 29/2013, em especial dos princípios informadores também expressos nos artigos 3º a 8º.

E com o artº 53º, último normativo que, na Lei dos Julgados de Paz nº 78/2013 se referia expressamente ao conceito mediação, sucedeu a reformulação inevitável e conclusiva: ficou reduzido à natural remissão para o regime estabelecido na *“Lei da Mediação”*.

Do mesmo modo, as normas relativas à pré-mediação, por via da Lei nº 54/2013, também sofreram os ajustes determinados pela Lei nº 29/2013, mas a noção e objectivos da pré-mediação ficou intocada nos artº 49º nº 1 e artº 50º nº 1, confirmando-se, aliás, a incontornável opção do julgado de paz pela mediação prévia a qualquer outro acto.

De facto, como se alcança do artº 49º nº 1, assim que o pedido de submissão à jurisdição de paz dá entrada, o processo inicia-se com a realização da pré- mediação, que, nos termos do disposto no artº 50º nº 1 *“ tem como objectivo explicar às partes em que consiste a mediação e verificar a predisposição destas para um possível acordo em fase de mediação”*.

Conforme já atrás se referiu a propósito da noção de mediação, a pré-mediação funciona como a antecâmara de abordagem às partes acerca da mediação enquanto procedimento, quebrando o gelo inicial que o desconhecimento sempre traz consigo e explicando o *modus operandi* da mediação, com o objectivo de, em seguida, saber se aquelas estão dispostas a enveredar por essa via para tentar alcançar um acordo que a ambas satisfaça.

É evidente que, uma pré- mediação bem tratada, claramente identificada pelos seus princípios e regras, através de um mediador capaz de suscitar empatia e segurança com as partes é uma condição de sucesso para que estas decidam avançar para o processo de mediação.

Na vigência da Lei 78/2001, o artº 50 nº 4 vinculava a impossibilidade de o mediador que presidisse à pré-mediação ser também o mediador da fase subsequente de mediação: “ *o mediador que procede à pré-mediação não deve intervir como mediador na fase subsequente*”.

Houve quem defendesse este impedimento por razões de eficácia ¹⁹², e ainda quem o defendesse por reserva do princípio da imparcialidade ¹⁹³ a que o mediador de conflitos estava (artº 35º nº 2 da Lei 78/2001) e está (artº 5º da Lei 29/2013) expressamente adstrito.

Certo é que, o legislador actual – artº 27º nº 6 da Lei 29/2013 – entendeu alterar aquela perspectiva, referindo que “*não constitui impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação*”.

5.2 Um segundo passo de relevo: a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio

Passados sete anos da introdução da mediação no cenário dos nossos Julgados de Paz, a mediação volta a ser alvo de reponderação no nosso país, agora por força da União Europeia, naturalmente atenta ao crescendo da sua utilidade e relevância.

Assim, a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de Maio de 2008 ¹⁹⁴, e

¹⁹² Coelho , João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa, (2003), Âncora Editora, página 34, entendia na altura – como aliás ainda hoje há quem entenda- que esta norma se justificava em virtude de a pré-mediação “(...) *podendo revelar-se uma etapa algo fastidiosa para as partes, provoca um certo desgaste na relação entre mediadores e mediados*”.

¹⁹³ Vargas , Lúcia Dias, obra citada, página 137, também defendia a pertinência do impedimento, não por questões de eficácia do mediador, mas porque, no seu entender, “(...) *o que está sobretudo em causa é a imparcialidade que os mediadores deverão ter em todo o procedimento. Na pré-mediação as partes ainda estarão, porventura, com uma postura antagónica que, espera-se, ao irem interiorizando as regras e princípios da mediação, se vá esbatendo. O pré-mediador que observa as partes vê-as com uma postura que poderá não ser a mesma da que é observada pelo mediador na fase seguinte. Ou seja, conforme consta do relatório relativo à perspectiva dos mediadores, no período experimental dos Julgados de Paz “(...) é imperativo que o Mediador encarregue da Pré-mediação não seja o mesmo que será responsável pela mediação, garantindo assim a máxima imparcialidade*”.

¹⁹⁴ Consultada em Cebola , Cátia Marques, *Resolução Extrajudicial de Conflitos, Colectânea de Legislação*, (2011), Quid Juris Sociedade Editora, página 109 e seguintes.

já depois de outras iniciativas no âmbito da União ¹⁹⁵, veio legislar sobre mediação em matéria civil e comercial.

Enaltecendo as virtualidades e características da mediação na promoção efectiva da resolução de conflitos, como atrás se referiu, também como forma de *“assegurar um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça (...)”* ¹⁹⁶, a Directiva veio atentar na mediação em litígios transfronteiriços ¹⁹⁷, isto é, aqueles em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes (artº 2º nº 1 da Directiva).

Mas teve o cuidado de recomendar a aplicabilidade das suas disposições, por parte dos Estados- Membros, aos processos de mediação internos ¹⁹⁸.

Por via de tal Directiva, a União vem consignar que, no propósito de melhor acesso à justiça, a mediação ¹⁹⁹:

-pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes;

-que, é mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes:

-que a Directiva, aplicável em matéria civil e comercial, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes , nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho;

¹⁹⁵ Como é o caso da “Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member states on mediation in civil matters, de 18 de Setembro de 2002, relativa a mediação em matéria civil, consultada in Cebola , Cátia Marques, obra citada, página 119 a 122.

¹⁹⁶ Basta atentar nos Considerandos 3, 5, 6, 13, 16, 19, 23, da Directiva sob análise.

¹⁹⁷ Considerando 8 e artº 1º nº 2 da Directiva.

¹⁹⁸ Considerando 8 e artº 12º da Directiva.

¹⁹⁹ São alguns dos Considerandos da Directiva 2008/52/CE, que se objectivam nas suas normas dos artº 1º a 14º.

-que a Directiva deverá aplicar-se em litígios transfronteiriços ²⁰⁰, mas nada deverá impedir que os Estados-Membros apliquem igualmente estas disposições a processos de mediação internos;

-que a mediação prevista na Directiva deverá ser um processo voluntário, na medida em que as próprias partes são as responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como quiserem e terminá-lo a qualquer momento;

-que a Directiva deverá aplicar-se aos casos em que um tribunal remete as partes para a mediação ou em que o direito nacional impõe a mediação. Além disso, na medida em que um juiz possa actuar como mediador nos termos do direito nacional, a directiva deverá igualmente aplicar-se à mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relacionado com o litígio em causa. No entanto, a Directiva não deverá estender-se às tentativas realizadas pelo tribunal ou pelo juiz do processo para dirimir um litígio no contexto do processo judicial relativo ao litígio em causa, nem aos casos em que o tribunal ou o juiz do processo solicitem a ajuda ou o parecer de uma pessoa competente;

-nada na Directiva deverá afectar a legislação nacional que preveja o recurso obrigatório à mediação ou a sujeite a incentivos ou sanções, desde que tal legislação não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial;

-nada na Directiva deverá afectar os sistemas de mediação autoreguladores já existentes, na medida em que estes se apliquem a aspectos não abrangidos pela Directiva;

-a Directiva incentiva a adopção de quaisquer mecanismos que assegurem a necessária confiança mútua no que respeita à confidencialidade, a flexibilidade do processo de mediação e a autonomia das partes e a garantia de que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente;

-especialmente em relação à confidencialidade, a Directiva deverá prever um nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis quanto à forma de proteger tal confidencialidade em subsequentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil ou comercial;

²⁰⁰ Litígios transfronteiriços são aqueles em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes, nos termos pressupostos pelo artº 2º da Directiva.

-para incentivar as partes a recorrer à mediação, os Estados-Membros deverão assegurar que as suas regras relativas aos prazos de prescrição e caducidade não impeçam as partes de recorrer ao tribunal ou à arbitragem se a sua tentativa de mediação falhar;

-a mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos dela resultantes depender da boa vontade das partes. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório. Os Estados-Membros só deverão poder recusar declarar esse acordo executório se o seu conteúdo for contrário ao direito interno(...) ou se o seu direito não previr o carácter executório do conteúdo do acordo específico. Tal poderá acontecer se a obrigação especificada no acordo não tiver, pela sua natureza, carácter executório;

-a Directiva não deverá afectar as regras em vigor nos Estados-Membros relativas à execução de acordos resultantes da mediação;

-os Estados-Membros deverão incentivar o público a contactar mediadores e serviços de mediação, bem como incentivar os profissionais do direito a informar os seus clientes da possibilidade de recurso à mediação.

-(...) dever-se-à chamar à atenção dos mediadores para a existência do Código de Conduta Europeu para Mediadores, que deverá estar também acessível ao público em geral na internet^{201 202}.

É assim que, como já atrás afloramos, a Directiva n.º 2008/52/CE define *mediação*, na alínea a) do artigo 3.º, como “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência,

²⁰¹ Considerando 17 da Directiva. O legislador português veio a referi-lo na alínea K) do artº 26º da Lei da Mediação, correspondendo ao desiderato da Comissão Europeia.

¹⁷⁵ Consultado em Cebola, Cátia Marques, *Resolução Extrajudicial de Conflitos, Colectânea de Legislação*, (2011), Quid Juris Sociedade Editora, página 123 e seguintes.

Trata-se de um Código adoptado em 2004 pela Comissão Europeia e é aplicável a todos os tipos de mediação em matéria civil ou comercial e estabelece um conjunto de princípios que os mediadores a título individual podem decidir respeitar, de forma voluntária e sob a sua própria responsabilidade. Estabelece princípios relativos à competência, nomeação, remuneração e promoção dos serviços do mediador (Ponto 1.), à sua independência e imparcialidade (Ponto 2.), aos princípios que deve adoptar na condução do processo (Ponto 3.) e à confidencialidade de tudo quanto for tratado em mediação ou com ela ligada (Ponto 4.)

através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro. Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão”.

Já anotamos, também, que esta definição não foi transposta para o nosso ordenamento jurídico.

Na legislação portuguesa, anteriormente à Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, o conceito – embora com menor amplitude – numa definição já nossa conhecida, só era encontrado na Lei dos Julgados de Paz, embora apenas vinculasse o aplicador desta lei.

Hoje rege no direito interno a Lei nº 29/2013 também já referida, a qual acompanha de perto a Directiva na definição que escolheu para constar do seu artº 2º alínea a), também já enunciada acima.

5.3 A transposição da Directiva 2008/52/CE para a ordem jurídica portuguesa

Como atrás já referido foi, por via da Lei nº 29/2009 de 29/06, que então aprovou o Regime Jurídico do Inventário – hoje revogado pela Lei nº 23/2013 de 5 de Março, quis o legislador português proceder à transposição, embora parcial, da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Assim surgiram, no nosso CPC em vigor até 31/08/2013, as normas dos artº 249º-A, -B e -C, e o artº 279º-A, as quais vieram regular aspectos da mediação pré-judicial, a confidencialidade, a suspensão de prazos e a

homologação do acordo obtido por via da mediação, bem como a funcionalidade da suspensão da instância no caso de remessa do processo judicial em curso para mediação.

Esta forma de transposição, como já afloramos, não foi isenta de críticas, de vários quadrantes e por várias razões ²⁰³.

De qualquer modo, o conceito de mediação contido na Directiva, de grande amplitude e caracterizando-se apenas pela existência de um processo estruturado em que um terceiro assiste as partes na tentativa de resolução de um litígio, não foi transposto para o Código de Processo Civil, nem naquelas nem noutras normas.

Nenhuma definição ali se encontrava, pelo que, então, teria de aceitar-se a definição da Directiva como ponto de partida.

Por outro lado, da leitura atenta dos Considerandos e normas da referida Directiva, constata-se que aquele propósito claro acima referido de salvaguarda do acesso à justiça também através dos meios de RAL, concretamente da mediação, ressalva aspectos específicos: orienta a aplicação generalizada desta em matéria civil e comercial,” *à excepção dos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho*” ²⁰⁴.

Em conformidade, o artº 1º nº 2, que taxativamente refere que a Directiva é aplicável “*aos litígios (...) em matéria civil e comercial, excepto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável(...).*”

Esta norma não foi, contudo, transposta para o CPC, onde o legislador português entendeu efectivar a transposição da Directiva, ao tempo.

²⁰³ Cebola, Cátia Marques, in *Mediação e Criação de Consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Mediarcom/Minerva Coimbra, 2009, pág. 103-118, pág. 106 e 107, aponta a inadequação do diploma utilizado (cuja vocação em sede de inventário nada tinha a haver com a mediação), do diploma (o CPC) e do contexto sistemático em que foi inserida.

²⁰⁴ Considerando 10 da Directiva, essencialmente vertido no artº 1º nº 2 da mesma.

Embora, há que o notar, a norma do artº 279º-A , no seu nº 5, vincasse a aplicabilidade das regras da transacção à homologação do acordo alcançado por via de mediação, porventura e aparentemente uma forma indirecta de aproximar aquele sentido, atentos os requisitos da transacção.

De qualquer modo, ficou em aberto ²⁰⁵ a questão de saber se a mediação seria um meio idóneo para o tratamento de questões relativas a relações jurídicas indisponíveis.

Até porque, o n.º 1 do artigo 249.º-A era bastante abrangente, quando referia que *“as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios”*.

A doutrina divide-se: há quem entenda que a mediação (especialmente a de índole privada, que não estará sujeita à regulação específica daquela que se pratica nos sistemas públicos) deve poder ocorrer ainda quando se esteja em presença de relações jurídicas indisponíveis.

Trata-se, no fundo, de separar o *meio* do *fim estrito* visado, relegando o controlo da ampla legalidade apenas para o acordo final, se alcançado. O controlo *a posteriori*, acredita-se, seria suficiente ^{206 207}.

Doutrina há que revê a questão de forma diversa, colocando a tónica na transacção a que o acordo será submetido por força da lei quando sujeito a

²⁰⁵ Questão que ainda na actualidade se manterá no contexto da Lei da Mediação, como veremos adiante.

²⁰⁶ Carvalho, Jorge Morais, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, in *Julgar*, nº 15, (2011), Coimbra Editora, pag. 286: *“o resultado de um processo de mediação em que se discuta um direito indisponível pode não levar necessariamente que se verifique um acto de disposição desse direito(...) . Em segundo lugar, uma das principais vantagens da mediação é permitir separar as posições dos interesses e negociar com base nestes. O ponto de partida de um processo de mediação pode encontrar-se muito afastado do ponto de chegada, não sendo necessariamente solucionados os problemas que inicialmente as partes julgavam ter. Assim, aquilo que aparentemente poderia ser um litígio relativo a um direito indisponível pode afinal esconder outros interesses, especialmente ligados à pacificação social que nada têm a haver com esse direito ou, pelo menos, com a sua disposição pelas partes. Entende-se, em suma, que não faz sentido limitar à partida a mediabilidade de um litígio, devendo o controlo da disponibilidade da situação jurídica ser feito face ao acordo alcançado.”*

²⁰⁷ No mesmo sentido, Vicente, Dário Moura, obra citada, pag. 144: *“O novo regime da mediação não restringe o seu âmbito de aplicação aos litígios que versem sobre direitos disponíveis. Pelo contrário: o artº 249º-A nº 1 do Código de Processo Civil admite o recurso à mediação previamente à apresentação de “qualquer litígio” em tribunal.”*

homologação ²⁰⁸, para concluir que, não sendo possível a transacção relativamente a direitos indisponíveis, então também o não será a mediação quando o seu objecto seja um direito dessa natureza ^{209 210}.

Em regra, o resultado positivo da mediação será um negócio jurídico. E, se bilateral, constituirá, materialmente, um contrato de transacção.

E há ainda quem defenda que – apesar de até poder haver interesse ou vantagem na aplicação da mediação em sede de direitos indisponíveis – o facto é que, a julgar pela redacção do artº 1º nº 2 da Directiva em matéria civil e comercial, esta só se aplica a direitos disponíveis, por expressa autolimitação ²¹¹ ²¹².

²⁰⁸ Ao tempo artº 249º-B e 279º-A

²⁰⁹ Nesse sentido, Gouveia, Mariana França, *Mediação e Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, nº Especial 1, (2010), pag. 24-44, pag. 38: “se tem de se aplicar a regra da transacção e esta diz expressamente que não há transacção sobre direitos indisponíveis, não se pode dizer que se admite acordo em relação a direitos indisponíveis.” E também, da mesma autora, “Algumas Questões Jurídicas a Propósito da Mediação”, in *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the european union*, Mediarcom/ Minerva Coimbra, (2009), pág. 213-242, pág. 231.

²¹⁰ Embora a mesma autora, “Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol II, (2008), Almedina, Coimbra, pag 727-758, pag. 749, refira que “a mediação, precisamente porque é um meio de resolução extrajudicial de litígios, pode viver fora dos tribunais.”

²¹¹ É a opinião manifestada pelo Conselho de Acompanhamento de Julgados de Paz, em Parecer subscrito pelo seu então Presidente, J. O. Cardona Ferreira, a propósito do Projecto de Proposta de Lei da Mediação, consultado em 02-09-2013 em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37369> : “O que é mais significativo é que a norma da Directiva de 2008 que procura voltar a transpor-se só abrange direitos disponíveis (nº 2 do artº 1º da Directiva). A nosso ver, só pode haver vantagem, ao arrepio de um conceptualismo redutor, em haver mediação em matéria de direitos indisponíveis, como no Direito da Família e de Menores, e em Direito Laboral.” A este propósito, defende que a salvaguarda estará na homologação.

²¹² Vicente, Dário Moura, obra citada, pag. 134, concretamente a propósito do âmbito da Directiva e no alinhamento do já por si defendido quanto ao alcance da transposição, também reconhece que o critério fundamental de delimitação do âmbito material de aplicação das regras da Directiva é a *disponibilidade* dos direitos subjectivos - e que, de facto onde mais se encontram direitos indisponíveis é no âmbito do Direito da Família e do Direito do Trabalho. Mas entende que “daqui não deve contudo inferir-se uma exclusão absoluta da mediação de litígios que versem sobre tais matérias(...). Apenas será de afastar, a nosso ver, a executoriedade de eventuais acordos obtidos por via de mediação em que as partes renunciem a tais direitos, que é aquilo que a Directiva, se a interpretamos correctamente, tem em vista evitar.”

5.4 Na actualidade: a Lei nº 29/2013 de 19 de Abril

Temos, assim, com a Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, vulgarmente conhecida como Lei da Mediação, pela primeira vez, a autonomização do regime jurídico desta figura, em sentido amplo.

Amplo porque, com este diploma, consignam-se e regulam-se quatro quadrantes da figura da mediação: os princípios fundadores ou estruturantes em que este meio de RAL assentará em geral, o regime jurídico da mediação em matéria civil e comercial e os regimes jurídicos dos mediadores e da mediação pública.

Quanto à mediação de índole privada, a Lei reserva para o Governo, no seu artº 47º, a regulamentação de um mecanismo legal de fiscalização do exercício da actividade.

Ao contrário do que sucedia com a definição de mediação no antigo artº 35º nº 1 da Lei dos Julgados de Paz, encontramos agora no artº 2º desta nova Lei nº 29/2013 uma definição muito mais concisa e centrada sobretudo nos sujeitos ²¹³: a mediação é definida nuclearmente como uma via alternativa através da qual os próprios sujeitos em litígio, embora assistidos, encontram uma solução.

É uma definição bem próxima – porque de grande amplitude - da definição da Directiva acima analisada.

Já os princípios que caracterizam a mediação são agora definidos e tratados de forma autónoma no capítulo II da Lei, fazendo ressaltar, sem margem para dúvidas (artº 3º), que os mesmos se aplicam a toda e qualquer mediação realizada em Portugal (pública, privada, inserida ou não na actividade jurisdicional, prévia ou incidentalmente; de natureza civil, comercial, penal, familiar, laboral): a voluntariedade (artº 4º), a confidencialidade (artº 5º), a igualdade e imparcialidade (artº 6º), a independência (artº 7º), a competência e

²¹³ Aliás, como já comentado, muito semelhante à definição dada pela Directiva 2008/52/CE já mencionada.

responsabilidade (artº 8º) e a executoriedade dos acordos (artº 9º) são os princípios ou linhas de rumo a imprimir à mediação, sob qualquer vertente.

O capítulo III da Lei, que especificadamente importa à mediação em matéria civil e comercial e se refere, grosso modo, ao objecto da mediação (artº 11º), à convenção de submissão de eventuais litígios a mediação (artº 12º), à fase pré-judicial (artº 13º) e ao procedimento propriamente dito de mediação (artº 16º a 19º, 21º e 22º), e acordo final (artº 20º e 14º), também circunscreve o âmbito de aplicação da Lei: isto é, deixa de fora aqueles litígios que, ainda que materialmente civis ou comerciais, possam ser objecto de mediação familiar, laboral e penal (artº 10º).

De resto, a Lei estabelece o regime jurídico do mediador nos artº 23º a 29º ²¹⁴, tendo em conta uma regulação de pormenor específica para o mediador que exerça funções em sistema público de mediação (artº 38º a 44º) e, no capítulo V regula o regime dito geral dos sistemas públicos de mediação, tendo em conta que ressalva as especificidades que resultem dos actos constitutivos ou regulatórios destes (artº 32º, 33º, 35º, 36º e 47º).

Finalmente, a título de disposição final, um aspecto de grande relevância: o artº 45º dispõe que “o acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do artigo 279º-A ²¹⁵ do Código de Processo Civil é homologado nos termos previstos no artº 14º.”

²¹⁴ De anotar a consagração expressa de não constituir impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação (artº 27º nº 6)

²¹⁵ Hoje deve ler-se “artº 273º “

6. A mediabilidade dos litígios no contexto da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril

Em meu entender, a actual Lei da Mediação, Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, implica a ponderação de vários planos na aproximação a uma definição de mediabilidade.

Creio que será necessário separar conceitos como acordo, objecto nas suas várias vertentes, homologação, transacção, força executiva, para atingir alguma transparência na complexidade desta matéria.

Não digo que seja difícil, mas é seguramente complexa, o que, a meu ver, decorre de três circunstâncias: do modo como se “sinta” a oportunidade e a vantagem da mediação e também da forma como esta questão sensível foi tratada, do ponto de vista legal e nas várias vertentes, *ab initio*, sem esquecer, porque não dizê-lo, o que se pretende da mediação para o futuro.

6.1 O objecto da mediação no âmbito da Lei

De acordo com o disposto no artº 10º, em conjugação com o disposto no artº 11º, os litígios em matéria civil e comercial, regulados em exclusivo no capítulo III da Lei, hão-de respeitar a “*interesses de natureza patrimonial*” ou, caso envolvam outro tipo de interesse, serão litígios em que “*as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido*”²¹⁶.

Por outro lado, os litígios, ainda que de natureza civil ou comercial, mas que sejam susceptíveis de figurar como objecto em sede de mediação penal, familiar ou laboral, porque não abrangidos pelas disposições do referido capítulo III²¹⁷ - o que implica a sua não sujeição aos limites configurados no artº 11º - verão o seu objecto circunscrito nos termos da respectiva legislação:

²¹⁶ Artº 11º da Lei

²¹⁷ Artº 10º nº 2 da Lei

a) a mediação penal encontra o seu objecto circunscrito aos tipos de crime que se enquadrem no âmbito do artº 2º da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho.

b) A mediação familiar tem por objecto os conflitos subsistentes no âmbito de relações familiares, nomeadamente em sede de regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada de família ²¹⁸.

De notar que, o critério para a homologação do acordo resultante de mediação em sede de responsabilidades parentais é sempre o do *“interesse do menor”* ²¹⁹.

c) A mediação laboral abrange *“os litígios que resultam de relação jurídica que as partes possam extinguir por via negocial e renunciar aos direitos dela emergentes e que não estejam por lei reservados aos tribunais judiciais”* ²²⁰ ou, ainda dito de outra forma, *“litígios em matéria laboral, quando não estejam em causa direitos indisponíveis, e quando não resultem de acidente de trabalho”* ²²¹.

A acrescentar, os litígios que, em razão da competência material definida *“nos respectivos atos constitutivos ou regulatórios”* de sistema público de mediação, sejam mediáveis em sistema dessa natureza ²²², verão o seu objecto circunscrito nos termos da respectiva regulação.

Isto embora seja de ter em conta que, a não ser que subsista norma de exclusão na regulação própria, a Lei da Mediação, ao não excluir a aplicação das

²¹⁸ Artº 4º do Despacho nº 18.778/2007 de 22 de Agosto que regula o Sistema de Mediação Familiar

²¹⁹ Artº 14º nº 5 e 6 da Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro e Artº 147º-D da Lei nº 133/99 de 28 de Agosto

²²⁰ Cfr. o Considerando do Protocolo de 05 de Maio de 2006 que cria o Sistema de Mediação Laboral

²²¹ Cáusula 1ª nº 1 do referido Protocolo.

²²² Artº 32º da Lei

normas do capítulo III aos sistemas públicos de mediação ²²³, acaba por circunscrever o objecto dos litígios a estes submetidos, concretamente em matéria civil e comercial, adentro dos limites definidos pelo artº 11º da Lei;

Finalmente, os litígios que sejam objecto de processo judicial, mas que, nos termos do disposto no actual artº 273º do CPC e mediante suspensão da instância, sejam remetidos para mediação, ficam sujeitos, no que concerne ao acordo obtido, aos *“termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação”* ²²⁴, o que inequivocamente nos remete para a Lei da Mediação sob análise, concretamente para o nº 3 do artº 14º no que concerne ao objecto do litígio, entre outros aspectos de que nos ocuparemos adiante: *“A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objecto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública”*.

A síntese acima e que resulta da recolha efectuada a partir dos vários contextos em que a mediação poderá ser adoptada e concretizada em acordo com relevância e eficácia jurídicas, traz à evidência, como atrás dizia, figuras, institutos, direitos, interesses e conceitos diversos:

isto é, a mediabilidade, à escala mais ampla, para permitir aceder a um acordo válido, vinculativo e eficaz entre as partes consoante o caso concreto, parece articular no seu vasto universo, entre outros, figuras tão variadas como o contrato, neste em especial o de transacção, princípios como a boa-fé, a ordem pública, princípios gerais de direito, abuso de direito, direitos subjectivos disponíveis e indisponíveis, interesses de natureza patrimonial, personalidade e capacidade de exercício de direitos, homologação judicial, executoriedade.

²²³ Abrangidos também por força do artº 2º alínea a) e artº 10º da Lei, porque é preciso anotar que o nº 2 do artº 10º exclui apenas as matérias, não exactamente os sistemas.

²²⁴ Artº 273º nº 5 CPC

6.2 Antecedentes no dealbar da Lei nº 29/2013 de 14 de Abril

Se recuarmos ao período anterior à entrada em vigor da hoje denominada Lei da Mediação – e que, sem sombra de dúvidas, pretende doravante estabelecer uma espécie de “*lei de bases*” da mediação em Portugal – sabemos que, para além do especificamente regulado em sede de mediação penal, familiar e laboral já conhecido e que se mantém, a figura tinha o seu regime legal tratado, ora no âmbito da antiga Lei dos Julgados de Paz ²²⁵ como mediação integrada no processo instaurado no julgado ou serviço de mediação em geral, ora no âmbito dos artº 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A do CPC que esteve em vigor até 30 de Setembro de 2013, como “*mediação pré-judicial*” ²²⁶, em matéria civil e comercial.

No que concerne ao objecto da mediação, tínhamos assim que, a mediação promovida e concretizada ao abrigo daquela Lei dos Julgados de Paz de 2001 ²²⁷, operava “intra” e “extra” competência: não tendo apenas por objecto os litígios da competência dos julgados de paz ²²⁸, tinha ainda competência para “*mediar quaisquer litígios, ainda que excluídos da competência do julgado de paz, com excepção dos que (tivessem) por objecto direitos indisponíveis*” ²²⁹.

Em conclusão, portanto, a mediação levada a efeito nos serviços de mediação instalados nos julgados de paz tinha apenas como limite direitos indisponíveis.

E, uma vez alcançado acordo entre as partes, este era “*reduzido a escrito e assinado por todos os intervenientes, para imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença*” ²³⁰.

²²⁵ Lei nº 78/2001 de 13 de Julho

²²⁶ Na sequência da transposição da Directiva nº 2008/52/CE do Parlamento e do Conselho de 21 de Maio, através da Lei nº 29/2009 de 29 de Junho, como vimos atrás.

²²⁷ Na definição do artº 35 nº 1 da Lei nº 78/2001, que se relembra, “*a mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe*”

²²⁸ Artº 9º da Lei nº 78/2001

²²⁹ Artº 16 nº 3 da Lei 78/2001

²³⁰ Artº 56 nº 1 da Lei 78/2001

Como, subsidiariamente, era consignada a aplicabilidade do Código de Processo Civil,²³¹ daqui resultaria a tramitação dos termos aí definidos para a transacção²³².

Isto, entenda-se, no que se refere ao acordo de mediação em litígio da competência do julgador de paz (artº 2º nº 2 alínea e) da Portaria nº 1112/2005 de 28 de Outubro), porque, quanto ao acordo em litígio extra competência, este não seria objecto de homologação pelo juiz de paz, mas, se as partes quisessem submetê-lo a homologação, fá-lo-iam ao abrigo do disposto no artº 249º-B e 279º-A nº 5 do CPC então vigente (a tanto conduz, a meu ver, o disposto no artº 15º em conjugação com o disposto na parte final da alínea e) do nº 2 do artº 2º, ambos da referida Portaria, e o artº 63º da Lei nº 78/2001 de 13 de Julho.

No que concerne á mediação denominada de “pré-judicial” ao abrigo daquelas normas constantes do CPC em vigor àquela data, é de notar que o carácter pré-judicial aí consignado se reportava a duas situações diversas:

uma relativa a mediação concretizada sobre litígio ainda não sujeito a processo judicial²³³ e outra relativa a litígio já alvo de processo judicial mas em que se suspendia a instância para o efeito da mediação²³⁴.

Em qualquer dos casos, a lei nada dizia expressamente quanto ao objecto do acordo resultante da mediação.

E, quanto à homologação, no primeiro caso esta não era exigível. Conforme referia a lei²³⁵, “*se da mediação resultar um acordo, as partes podem requerer a sua homologação por um juiz*”, sendo que, “*a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor*”²³⁶.

No segundo caso a homologação era inevitável, tendo em conta a pendência do processo judicial: “*alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é*

²³¹ Artº 63º da Lei 78/2001

²³² Artº 299º nº 1, expressamente não permitida quanto a direitos indisponíveis, e artº 300º nº 3, ambos do CPC.

²³³ Artº 249º-B CPC

²³⁴ Artº 279º-A CPC

²³⁵ Artº 249º-B nº 1 CPC

²³⁶ Artº 249º-B nº 3 CPC

remetido a tribunal (...), seguindo-se os termos definidos na lei para a transacção”
237.

6.3. A Transacção: o contrato e os vários institutos e conceitos a convocar

Por conseguinte, hoje como ontem, para compreendermos o alcance e o sentido da mediabilidade dos litígios e da validade e eficácia do acordo conseguido por via de mediação, há que convocar e ponderar o contrato de transacção, os conceitos e figuras correlacionados e já enunciados, em conjunto com a pressuposta temática dos direitos em jogo na relação jurídica e da sua necessária disponibilidade, e a eventual homologação do acordo obtido por via de mediação.

A transacção cruza-se inevitavelmente com a análise objecto deste trabalho, como se vê desde logo do disposto no artº 11º nº 2 da Lei e decorre dos vários planos em que a mediação e o acordo daí resultante são pensados.

Afinal, se “superar a lide” é a função essencial da transacção²³⁸, também o é a da mediação. Ambas as figuras têm por objecto conflitos elevados à categoria de litígios. Mas, serão exactamente coincidentes no seu âmbito?

Em ordem a um contributo para tal resposta importa debruçarmo-nos, ainda que sucintamente, sobre o conceito de transacção e o seu regime no nosso sistema jurídico.

²³⁷ Artº 279º-A nº5 CPC

²³⁸ Santoro-Passarelli, Francesco, *La Transazione*, seconda edizioni ristampa, Napoli Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, (1986), pag 4 a 7: “*”Superare la lite costituisce la funzione essenziale della transazione. (...) Riteniamo che la nozione di lite debba ritenersi coincidente con quella di conflitto giuridico, quale si determina tra una parte che afferma un próprio diritto ed un'altra che afferma un próprio diritto contraposto o, comunque, nega il diritto della prima(...)*”.

6.3.1. A transacção como meio de evitar ou terminar um litígio

A transacção é um “contrato”²³⁹. Tal é a afirmação contida no artº 1248º do nosso Código Civil, que a inclui, precisamente, no Título II reservado aos Contratos em Especial.

Doutrinariamente, tal afirmação não é absolutamente unânime^{240 241} mas, dada a sua amplitude, não podemos cuidar aqui dessa questão. Relevante, no contexto da nossa análise, é que do ponto de vista do direito positivo português (artº 1248º nº 1 do CC) a transacção é um contrato^{242 243}, “*pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio*”²⁴⁴.

Daqui resulta que, o objectivo da transacção, no pressuposto do litígio, é terminar ou evitar este último.

Donde também resulta que, a transacção tanto pode ocorrer antes mesmo da instauração de acção judicial a propósito da dita controvérsia – neste caso estaremos perante a transacção *preventiva ou extrajudicial* regulada no artº 1250º CC, como ainda na pendência de processo judicial cujo objecto é o direito em controvérsia – e teremos a transacção judicial²⁴⁵.

²³⁹ E, oneroso: “*la transazione è dunque un contratto oneroso, a prestazioni corrispettive*”, Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell’Enciclopedia del diritto, (1992), Giuffrè Editore- Milano, pag. 27.

²⁴⁰ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, Código Civil Anotado, vol II, 3ª Edição, Coimbra Editora, Lda, anotação 2 ao artº 1248º CC: há autores que, pondo a tónica no fim da transacção, atribuem-lhe a natureza de sentença. Não obstante, o nosso legislador, acompanhando a doutrina mais comum, classificou-a como um contrato.

²⁴¹ D’Onofrio, Paolo, *Transazione*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma, pag 221.

Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 94 e 95.

²⁴² O que implica que está sujeita às regras que, desde logo substantivamente, regulam os contratos (artº 405º e ss CC) e na generalidade os negócios jurídicos (artº 217º e ss CC).

²⁴³ Palmieri, Antonio M., *Transazione e Rapporti Eterodeterminati*, Università di Roma – Facoltà di Giurisprudenza, Studi di Diritto Civile, (2000), Milano- Dott. A. Giuffrè Editore, pag. 65.: “*la transazione è un atto essenzialmente dispositivo*”.

²⁴⁴ Palmieri, Antonio M., obra citada, pag. 8 e 9, chama à atenção para o facto de que, não obstante o legislador utilize na norma conceitos e expressões de linguagem comum – e que, por isso, comportam alguma ambiguidade e indeterminação – o contrato de transacção radica num verdadeiro “trans agere”, que invoca a ideia de “superação”, não já restritivamente no sentido económico mas agora também no “*terreno del conflitto giuridico*”

²⁴⁵ Caracterizada pelo seu objecto e fim, não pela forma, portanto.

6.3.2. A vertente judicial da transacção

Relativamente à transacção judicial, o nosso Código de Processo Civil consagra-a no artº 283º nº 2, referindo que “*é lícito às partes, em qualquer estado da instância, transigir sobre o objecto da causa*”, sendo certo que, atenta a plasticidade da figura, ela deixa às partes a possibilidade de transigir sobre todo o objecto e pedido ou apenas sobre aspectos parciais – é assim que, no primeiro caso a causa cessará, extinguindo-se a instância, e no segundo caso apenas dará lugar a uma modificação, conforma resulta das disposições conjugadas dos artº 284º e 277º alínea d) do CPC.

Esta transacção judicial, pelo que aqui nos interessa e conforme resulta do disposto no artº 289º nº 1 do CPC, não é admitida quando “*importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis*”, e, quando possível, realizar-se-á, conforme o estabelece o artº 290º nº 1, 2 e 4, conjugado com o artº 594º, todos do CPC, por via de documento, formal ou não conforme a lei substantiva o exija, por termo no processo e até por via de acta quando a transacção resulte de conciliação obtida pelo juiz.

É assim que, nos termos do disposto no referido artº 290º nº 3 “*lavrado o termo ou junto o documento, examina-se se, pelo seu objecto e pela qualidade das pessoas que nele intervieram,(...) a transacção é válida, e, no caso afirmativo, assim é declarado por sentença, condenando-se ou absolvendo-se nos seus precisos termos.*”

Se a transacção for feita em acta, em resultado de conciliação, nos termos do disposto no nº 4 do citado normativo “*limita-se (o juiz) a homologá-la por sentença ditada para a acta, condenando nos respectivos termos*”.

6.3.3. A transacção judicial como negócio jurídico complexo

Em face do regime da transacção na lei processual civil, que se mantém inalterado pós reforma de 2013, permanece actual a perspectiva da sua natureza ambivalente e complexa ²⁴⁶:

²⁴⁶ Sousa, Miguel Teixeira de, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa (1997), Lex, pág. 193, chama-lhe “negócio processual”, cujos efeitos podem ser constitutivos ou extintivos e podendo até produzir

a transacção aparece como um negócio jurídico privado, nos termos do qual as partes, dotadas da autonomia que o direito lhes reconhece, dispõem e definem a situação jurídica em controvérsia, mas, paralelamente, tem eficácia processual, pois determinará uma modificação no pedido deduzido na acção ou mesmo o fim desta, por via da extinção da instância, como referido acima.

E não pode esquecer-se que, como adiante se verá, o artº 1248º CC estabelece como aspecto nuclear do negócio de transacção que “as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões”, que até podem implicar “a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido”.

Quer isto dizer, portanto, que a transacção judicial, afinal, envolve um negócio – terminar um litígio - que se pode desdobrar noutros negócios com aquele incindivelmente ligados e dele dependentes - resultantes das referidas concessões mútuas ²⁴⁷.

6.3.4. A transacção judicial e a incontornável homologação

E depois, sobre esta transacção assim perspectivada, é vertido o manto da homologação judicial, por via de sentença, conforme o disposto no artº 290º nº 3 e 4 CPC ^{248 249 250 251}, o que, uma vez verificado o seu trânsito em julgado ²⁵² ²⁵³ determina a sua obrigatoriedade ou imperatividade ²⁵⁴.

simultaneamente ambos os efeitos: “os negócios processuais são aqueles que produzem efeitos de carácter processual. Mas isso não significa que esses negócios só possam realizar aqueles efeitos, pois que eles também podem produzir efeitos obrigacionais. (...) caso da transacção: este negócio (que visa compor um litígio mediante recíprocas concessões das partes, artº 1248º CC) implica a modificação do pedido ou, mais frequentemente, a extinção da instância(...) mas também pode impor certas obrigações às partes, que podem incorrer, por isso, em responsabilidade contratual(artº 798º CC).

Também o classifica como “negócio processual interlocutório”, pelo facto de ocorrer durante a pendência da causa.

E acentua, pág. 207, que “a transacção produz efeitos materiais e processuais. Os efeitos materiais são os que se referem à definição da situação substantiva entre as partes, a qual (...) pode resultar de uma alteração quantitativa do objecto do litígio ou da constituição, modificação ou extinção de uma diferente situação subjectiva. Os efeitos processuais traduzem-se, atendendo à amplitude da transacção em relação ao objecto do processo, numa modificação do pedido (...) ou na extinção da instância(...)”.

²⁴⁷ Sousa, Miguel Teixeira de, obra citada, pág. 207, chama de “novatória” à transacção “em que as concessões mútuas entre as partes implicam a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do objecto do litígio”.

²⁴⁸ Não obstante tratar-se de uma sentença de mérito, há quem veja esta sentença como não tendo conteúdo especificamente jurisdicional ou decisório sobre o objecto, já que são as partes quem dispõem da situação e escolhem a solução a dar ao litígio .

Acresce ainda que, se a imperatividade “ é o efeito primário ou fundamental da sentença” ²⁵⁵, tem ainda como efeito secundário o de constituir título executivo ^{256 257}, desde que aquela seja de natureza condenatória (artº 703º

Lebre de Freitas, José, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, (1996), Coimbra Editora, pág. 35, nesse sentido: “*podem autor e réu celebrar transacção, isto é, acordar em concessões recíprocas para porem termo ao litígio(...). Também nestes casos se segue uma sentença de mérito, mas agora com natureza meramente homologatória, pois o tribunal limita-se a verificar se as partes no negócio eram capazes e tinham legitimidade para se ocupar do objecto negocial e se este era disponível, só não homologando se se verificar incapacidade de uma das partes ou indisponibilidade, subjectiva ou objectiva, do objecto(...). Havendo homologação, a sentença é proferida em conformidade com a vontade das partes e não mediante aplicação do direito objectivo aos factos provados, tutelando o direito subjectivo ou o interesse juridicamente protegido que, em conformidade, se verifique existir.*”

²⁴⁹ Em consonância, notas 3 e 4 ao antigo artº 300º nº 3 CPC (hoje artº 290º nº 3) do mesmo autor in *Código de Processo Civil Anotado* já citado supra.

²⁵⁰ Alberto dos Reis, José, in *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3º, (1946), Coimbra Editora Lim., pág. 534, aponta mesmo tal sentença como o equivalente a um acto administrativo, de jurisdição voluntária, até notarial : “*É uma sentença de pura homologação do acto da parte ou das partes. O juiz não conhece do mérito da causa, não se pronuncia sobre a relação substancial em litígio; limita-se a verificar a validade do acto praticado pelo autor, pelo réu ou por ambos os litigantes. Quere dizer, a sentença é antes um acto administrativo, um acto de jurisdição voluntária, do que um acto de jurisdição contenciosa, um acto jurisdicional propriamente dito. O papel do juiz é semelhante ao do notário quando se certifica da identidade e idoneidade dos outorgantes que perante ele comparecem e se dispõem a celebrar uma escritura pública.*” E reitera: “*Claro que a sentença é indispensável. Não basta o acto das partes em si (...) para que a instância se extinga e a acção termine. Este efeito produz-se através da sentença homologatória. Mas como a sentença nada mais faz do que apreciar a validade do acto de vontade das partes, pode afinal afirmar-se que é deste acto que procede a extinção da relação processual*”.

²⁵¹ Xavier, Rita Lobo, *Transacção Judicial e Processo Civil*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Lisboa, Vol. 3 (2010), pág. 817-835, pág. 823, em defesa do conteúdo jurisdicional da sentença homologatória de transacção : “*O contrato de transacção é um contrato de natureza privada, de per se carecido da característica de autoridade que tem uma sentença. É a sentença homologatória que lhe faz adquirir esse efeito. A decisão do tribunal é uma decisão de autoridade de carácter público. O conteúdo da decisão não é apenas o que se traduz pelo exame de regularidade e validade formal e extrínseca, mas assume explicitamente as disposições de carácter dispositivo que inicialmente provêm das partes e atribui-lhes a força da autoridade judicial*”.

²⁵² Artº 628º CPC: “*A decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário ou de reclamação*”

²⁵³ É relevante, neste ponto, embora sem entrar numa análise aprofundada já que não é o tema deste trabalho, anotar que, se é certo que a transacção homologada por sentença judicial transitada em julgado impede a reapreciação da causa – seja por via da invocação da excepção dilatória de “caso julgado” (artº 577º alínea f) e artº 580º CPC) como alguns entendem pondo a tónica na sentença, ou pela via geral de excepção dilatória (artº 576º CPC) que Alberto dos Reis (in *Comentário*, pág. 499) denomina de *excepção de transacção* por ter entre as partes o valor de caso julgado – também a transacção extrajudicial, apesar de não homologada judicialmente, mas porque *inter partes* tem o valor material de excepção, poderá ser invocada como *excepção peremptória* (artº 576º nº 3 CPC).

²⁵⁴ Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, in *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, (1985), Coimbra Editora Limitada, pág. 688 e 689, avançando o entendimento da sentença como acto jurisdicional, refere que “*Como remate final do processo, a sentença constitui o acto jurisdicional por excelência(...). Uma vez proferida, imediatamente se esgota o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria da causa (...)* não pode e alterar já a decisão, nem os seus fundamentos. Não pode já modificar o seu sentido ou alcance. O facto de a sentença ficar sujeita a impugnação por via de recurso não invalida a imperatividade que a caracteriza, como solução jurisdicional do litígio”.

²⁵⁵ Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, obra citada, pág. 699.

²⁵⁶ Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, obra citada, pág. 700.

²⁵⁷ Alberto dos Reis, José, in *Comentário* já citado, pág. 544 a propósito de um caso de condenação não expressa mas que tem de ter-se por implícita: “*Na verdade, julgar válida uma transacção, ou não significa*

nº 1 alínea a) CPC) e a obrigação dela constante espelhe os demais requisitos de exequibilidade (artº 713º CPC).

Assim, “se alguma das partes não cumprir voluntariamente as obrigações emergentes da transacção, pode ser compelida ao cumprimento, pela parte contrária, mediante execução baseada na sentença de homologação” ²⁵⁸.

6.3.5. A qualificação substantiva da transacção

Voltando à qualificação substantiva, e a fechar o leque na definição legal, temos que, a transacção é um contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio, “mediante recíprocas concessões”, concessões essas que “podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido” (artº 1248º nº 2 do CC). O que significa que as mútuas concessões em jogo tanto poderão significar que cada uma das partes “recua”, em maior ou menor grau, na sua posição, como ainda que, “constroem” um novo posicionamento por via de direitos diversos daquele que os colocou na controvérsia ^{259 260}.

6.3.6. As figuras próximas

Ora, é precisamente esta especificidade do seu objecto, as “recíprocas concessões”, que define a transacção ^{261 262 263}.

nada, ou significa imprimir eficácia executiva às declarações dos transigentes e consequentemente condená-los a cumprir as obrigações assumidas”.

²⁵⁸ Alberto dos Reis, José, in *Comentário* já citado, pág. 537.

²⁵⁹ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, anotação 4 ao artº 1248º CC, também chamam à atenção para o carácter não autónomo destes actos, que, por esta via, dão um carácter de *novativa* à transacção.

²⁶⁰ Alberto dos Reis, José, in *Comentário* já citado., pág. 498, citando *Redenti*, parece ter uma opinião diversa: “a transacção implicará, em regra, a substituição do novo acordo, como fonte ou como acto constitutivo ou regulador de direitos ou de obrigações (...), aos actos ou factos precedentes, de que surgiam pretensões diversas e contrastantes”.

²⁶¹ A definição é idêntica à que encontramos noutros ordenamentos jurídicos, como o espanhol e o italiano: Código Civil español, Libro IV, Título XIII, Artículo 1809º, consultado em Norm@Civil, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, in civil.udg.es/normacivil : “La transacción es un contrato por el qual las partes, dando, prometendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habia comenzado”;

Codice Civile italiano, Libro IV, Titolo III, art. 1965º, consultado em 04-09-2013 em Guida al Diritto 24, in www.diritto24.ilsole24ore.com : “La transazione è il contratto con qual ele parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con la

E que, paralelamente, a distingue – concretamente na sua vertente jurídico-processual, isto é, no contexto de uma acção judicial - de figuras próximas como a desistência e a confissão, não obstante todas sejam tradicionalmente entendidas como meios de *auto-composição* da lide ²⁶⁴. Pode dizer-se que são meios semelhantes quanto à sua função (põem termo ao litígio) mas diferentes quanto à estrutura.

De facto, são distintas sob vários aspectos: desde logo a desistência ²⁶⁵ e a confissão são actos unilaterais, a primeira do autor e a segunda do réu, enquanto a transacção representa um acto bilateral.

Em traços muito gerais, na desistência, o autor renuncia, parcial ou totalmente, ao direito ²⁶⁶ em que fundava a sua pretensão, o que tem como

reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diverse da quello che há formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.”

Já quanto ao direito civil francês, a menção ás recíprocas concessões não resulta expressamente da lei: Code Civil français, Titre XV, Article 2044^o, consultado em 04-09-2013 em Legifrance- Le Service Public de la Diffusion du Droit, in www.legifrance.gouv.fr : “*La transaction est un contract par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à maître*”.

²⁶² Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag 68, refere-se-lhe como o “*mutuo sacrificio (delle parti) che spiega ad un tempo la contrattualità della transazione e l’importanza pratica e sociale della stessa di fronte agli altri negozi di composizione della lite. E solo questo mutuo sacrificio importa alla legge, la quale prescinde completamente da un giudizio sulla lite (...)*”

²⁶³ Palmieri, Antonio M., obra citada, pag. 46 e ss e 50: “*il riferimento legislativo alle concessioni reciproche há un valore meramente descrittivo, che in nessun modo assume rilievo in relazione al profilo degli effetti negoziali. Tuttavia, non ci si può spingere fino a considerare l requisito dell’aliquid datum e dell’aliquid retentum al pari di una indicazione di valore puramente pleonástico, suscettibile di essere ignorata nella ricostruzione dogmática dell’istituto. Le reciproche concessioni, sebbene irrilevanti sotto il profilo degli effetti negoziali (...) rappresentano un elemento di struttura del tipo negoziale. Com esse, il legislatore caratterizza il negozio transattivo: e lo distingue rispetto ad altri negozi potenzialmente idonei a realizzare il componimento del conflitto giuridico.*”

²⁶⁴ Por referência à sentença que é vista como um meio de *hetero-composição* (Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol .I, 3ª Edição Reimpressão, 1982, Coimbra Editora Lim., pag 465, citando Cernelutti): “*quando a causa termina por desistência do pedido, por confissão ou por transacção, uma das partes ou ambas põe termo ao litígio por acto seu; a lide é composta de dentro para fora, porque o acto de composição provém de quem está dentro da relação litigiosa(...)* Pelo contrário, quando a causa termina por sentença de mérito, a lide é composta de fora para dentro, porque o acto de composição procede do juiz, pessoa que está fora e acima da relação jurídica controvertida e que não tem, por isso interesse no pleito. Daí vem que nada importa, no caso de auto-composição, que o litígio obtenha ou não, solução conforme ao Direito. Uma confissão, uma desistência ou uma transacção, não deixa de ser válida ou eficaz pelo facto de traduzir uma composição da lide contrária à respectiva ordem jurídica, isto é, contrária à que o tribunal haveria de pronunciar, se fosse chamado a decidir. (...) Por outro lado, ainda que as partes saibam perfeitamente que a sua composição do conflito não é aquela que o tribunal ditaria ou a que a lei quererá, nem por isso deve negar-se-lhes o poder de arrumar o litígio segundo a sua vontade ou os seus interesses, a não ser que se trate das chamadas relações jurídicas indisponíveis”.

²⁶⁵ Que, como sabemos, também pode ter alcance diverso, consoante se consubstancie numa pura desistência da instância (artº 285º nº 2 CPC)- semelhante na sua eficácia à absolvição da instância (artº 278º e 279º CPC) - ou na desistência do pedido (nº 1 da referida norma).

Discorremos aqui a propósito da desistência do pedido, obviamente, porquanto só esta afecta o direito que por via da acção se pretendia fazer valer. Sendo que, por essa via, também extingue a instância.

consequência a extinção respectiva (artº 285º nº 1 CPC) e a consolidação da situação jurídica do réu, já que o autor não mais poderá propor contra este outra acção sobre o mesmo objecto. Portanto, e em regra ²⁶⁷, tudo se passa à margem do réu, que não tem qualquer intervenção com relevância jurídica.

A confissão do pedido ²⁶⁸, pelo seu lado, total ou parcial, representa o contraponto da desistência do pedido: “*não é outra coisa senão o reconhecimento que o réu faz do direito do autor afirmado na acção*” ²⁶⁹. Perante a confissão do réu, vai extinguir-se a instância e a acção. O juiz terá de proferir uma sentença, em que, ao invés de conhecer do mérito da causa em sentido próprio, limitar-se-á a verificar se a confissão é válida, para o efeito de julgar extinta a acção. Portanto, neste caso, a acção termina, não por via de um acto substancialmente jurisdicional, mas por via de um acto de *vontade* do réu ²⁷⁰.

Por conseguinte, a desistência do pedido e a confissão do pedido são formas de pôr termo à acção, podendo considerar-se, a par da transacção, como meios de auto-composição da lide: em consequência da primeira a lide compõe-se por vontade do autor e em consequência da segunda por vontade do réu, extinguindo-se o processo.

Aliás, citando Cernelutti, diz Alberto dos Reis ²⁷¹ que a transacção, do ponto de vista estrutural, está precisamente no meio da renúncia (desistência do pedido) e do reconhecimento (confissão do pedido): com a desistência, o autor abandona a pretensão sem qualquer compensação e, com a confissão, o réu reconhece a pretensão do autor sem qualquer contrapartida.

Ora, na transacção, para que ela exista, tem de haver cedência ou sacrifício mútuo.

²⁶⁶ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol .I, 3ª Edição Reimpressão, (1982), Coimbra Editora Lim., pag 477, chama à atenção para o facto de que a expressão “renúncia à acção ou renúncia à pretensão” comumente utilizada a este propósito não é correcta, já que, sendo a pretensão um facto e não uma situação jurídica, não é susceptível de poder de disposição. Em bom rigor, a fórmula será uma expressão abreviada, “*cujo sentido exacto é o seguinte: renúncia ao direito que constitui a razão ou o fundamento da pretensão*”.

²⁶⁷ O artº 286º CPC estabelece limites à livre desistência do pedido.

²⁶⁸ Não nos referimos, portanto, à confissão dos factos, vertente da confissão que não tem o alcance directo e imediato da confissão do pedido na relação processual. O alcance da confissão dos factos reporta-se unicamente ao domínio da prova, e mesmo quando o réu confesse todos os factos articulados pelo autor, ainda assim o juiz terá de proferir uma sentença de mérito – aplicando o direito aos factos- sobre a causa.

²⁶⁹ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, já citado, pag 485.

²⁷⁰ Idem, pag 485.

²⁷¹ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, já citado, pag 489.

Cada um cede numa parte mas, afinal, ganha noutra, atento o risco decorrente do litígio ²⁷², que afinal querem evitar. Independentemente de outras razões de ordem prática (como as despesas, o desgaste) esta incerteza do resultado final é determinante na opção pela transacção como forma de terminar o litígio.

A transacção é também distinta da conciliação judicial, figura de natureza processual consagrada no artº 594º do CC e que se caracteriza essencialmente por ser presidida pelo juiz no âmbito de um processo judicial, *“devendo este empenhar-se activamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio”*. Trata-se, pois, de uma figura cuja aplicação é mais ampla, visto que não está limitada ao pré-requisito das concessões recíprocas ²⁷³. Embora possa vir a traduzir-se pela via instrumental de uma transacção ²⁷⁴.

Mas, definitivamente, o seu raio de acção, e também a sua fonte, é a equidade, entendida num sentido amplo.

Entre a dicotomia poder de disposição e autonomia negocial, por um lado, e jurisdição estrita e sentença, por outro, a conciliação aparece a compor a lide. A par da transacção como instrumento de composição do conflito com relevância jurídica, onde a pura negociação estrita ²⁷⁵ entre as partes domina, a conciliação judicial traz consigo, além da negociação ²⁷⁶, o exercício da ideia de solidariedade

²⁷² Idem, pag 490: nisso consiste o *“aliquid datum, aliquid retentum”* atribuído à transacção e que, do ponto de vista conceitual, Carnelutti aproxima do contrato de seguro.

²⁷³ Nicoletti, Carlo, A., *La Conciliazione Nel Processo Civile*, Pubblicazioni Dell'Istituto di Diritto Processuale Civile Dell'Università di Roma, Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, (1963), pag 35: *“Ma poi già rilevava il Chiovenda (Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1923, pag 882) che la conciliazione “si distingue...dalla transazione, che avviene fuori del processo, alla quale da un lato è inerente l'idea della concessione reciproca; e a cui d'altro lato manca l'effetto di por fine al rapporto processuale immediatamente”*.

²⁷⁴ Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell'Enciclopedia del diritto, (199)2, Giuffrè Editore- Milano, pag. 7.

²⁷⁵ Nicoletti, Carlo A., obra citada, pag. 126, chama-lhe *“económica”* por oposição á ideia, ao propósito, de exercício da justiça na sua plenitude.

²⁷⁶ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag 47: *“Non esiste, infatti, un negozio giuridico “conciliazione” che possa mettersi sullo stesso piano della transazione: la conciliazione non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto un modo della composizione che a luogo tra le parti. Essa è contraddistinta dalla circostanza, puramente extrínseca, che avviene alla presenza di un terzo(...); ma, intrinsecamente, la conciliazione non si distingue dai vari tipi di negozio, aventi ciascuno una própria figura (transazione, rinunzia, riconoscimento), di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite. La conciliazione aggiunge soltanto l'elemento della giudizialità, quando essa si verifica alla presenza e per iniziativa del giudice (...)”*

social que impregna o ordenamento jurídico e que é imanente à promoção da chamada composição equitativa do litígio ²⁷⁷, a partir de um acto jurisdicional.

6.3.7. O objecto e os limites da transacção

A transacção, sendo um negócio jurídico, está sujeita aos requisitos gerais consignados na lei, entre eles a capacidade dos sujeitos para o exercício dos direitos, o objecto, a forma.

Interessa-nos agora, pelo que ao tema deste trabalho especialmente releva, a questão atinente ao objecto. E que, pelo modo como está redigida a norma do artº 1249º CC, bem se vê que, pelo menos na primeira parte, toca directamente com a questão da capacidade para dispor. Isto é, com a legitimidade dos sujeitos envolvidos para disporem dos direitos que pretendem abranger com a transacção ²⁷⁸.

6.3.7.1. A previsão do artº 1249º CC

De facto, sob a epígrafe “Matérias insusceptíveis de transacção”, refere o artº 1249ºCC que *“as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos”* ²⁷⁹.

²⁷⁷ Nicoletti, Carlo A., obra citada, pag. 123 a 129.

²⁷⁸ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 97 e 98, também chama à atenção para aquilo que qualifica como uma redacção infeliz do artº 1966º do Código italiano (inspirador do nosso 1249º) que, diversamente de algum entendimento doutrinário, afinal faz referência *“tanto alla capacità d’agire generale, quanto allo specifico potere d’agire (legittimazione), in ordine ai rapporti sui quali incide la transazione”*. Não obstante, afirma, *“la norma concerna non i soggetti della transazione, e i relativi requisiti, ma l’oggetto della medesima”*.

²⁷⁹ Encontramos disposições legais, com regime idêntico, no ordenamento jurídico espanhol e italiano (aliás, o artº 1966º do Código italiano, adiante transcrito, terá sido a fonte do nosso artº 1249º) sob consulta nos mesmos sítios acima citados:

Codice Civile italiano, Libro IV, Titolo III, art. 1966º (*Capacità a transigere e disponibilità dei diritti*).

Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite.

La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disciplina delle parti; Art. 1972. (Transazione su un titolo nullo). E' nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo.

No mesmo sentido, obviamente, a regulação adjectiva da transacção constante do artº 289º nº 1 do CPC: “*Não é permitida (...) transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis*”.

Parece poder concluir-se que, a capacidade para dispor, no que concerne especificamente à transacção, depende da natureza do direito que se pretende seja objecto dela, antes da ponderação das condicionantes de natureza subjectiva atinentes ao próprio sujeito: se é possível dispor do direito, então, a priori, poder-se-á transigir sobre ele ²⁸⁰. A isto chamam alguns autores a “*capacidade objectiva*” ²⁸¹.

E, o direito será indisponível pela sua própria natureza ou por expressa disposição da lei ^{282 283}. Retomaremos esta questão mais à frente.

6.3.7.2. A ilicitude

Quanto à ilicitude, temos que os requisitos da idoneidade do objecto do contrato de transacção se reconduzem, em geral e segundo o disposto no artº 280º nº 1 do CC, à possibilidade física ou legal, à determinabilidade e à licitude - que abrange não só a problemática da ilegalidade estrita, como ainda o objecto contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, conforme o disposto no artº 280º nº 2 do CC ^{284 285}.

Código Civil español, Libro IV, Título XIII, Artículo 1814º: *No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.*

²⁸⁰ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 99.

²⁸¹ D’Onofrio, Paolo, *Transazione*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma, pag 241 e seguintes.

²⁸² Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 121.

²⁸³ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, obra já citada, pag 404, já o referia em anotação ao então artº 304º CPC (“*Não é permitida confissão, desistência ou transacção que importe a afirmação da vontade das partes em qualquer domínio jurídico em que ela não possa manifestar-se validamente.*”) : dizia então que “*A expressão “direitos indisponíveis” corresponde precisamente à fórmula legal(...) Quais são os direitos indisponíveis? Quais as relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes? Se a lei expressamente subtrai a relação jurídica ao domínio da vontade, como por exemplo nos artº...., não há dificuldades; se não existe determinação expressa, temos de atender à natureza ou à índole da relação jurídica. Consideram-se geralmente indisponíveis as relações jurídicas concernentes ao estado das pessoas. Mas não pode admitir-se sem algumas reservas esta proposição.*” Também pag. 518 e seguintes da mesma obra.

²⁸⁴ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, Vol. I, 4ª Edição, anotação 1, 2 e 3 ao artº 280º CC.

²⁸⁵ Horster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português- Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, reimpressão, (2000), pag 522 e seguintes.

A este propósito, também a lei adjectiva acompanha, inevitavelmente, tal desiderato ²⁸⁶.

Subordinar o objecto do contrato, como vemos expressamente no âmbito da regulamentação do contrato de transacção conforme o disposto no artº 1249º CC, aos requisitos do disposto no artº 280º CC - sem esquecer, também, as regras relativas ao princípio da boa-fé, da proibição dos negócios usurários (artº 282º CC), do abuso do direito (artº 334º CC) ²⁸⁷ e, de um modo geral, da sujeição dos negócios jurídicos a normas de natureza imperativa, está em consonância com a lógica de sustentação e de sobrevivência de todo o sistema.

6.3.7.3. A problemática da disponibilidade - indisponibilidade jurídica

É preciso ter em conta que a disponibilidade dos direitos não é o puro ou absoluto contraponto da indisponibilidade destes, posto que ela própria sofre limitações. Estas aparecem como necessárias à própria sustentação da liberdade de exercício dos direitos (subjectivos) de cada um *em situação*.

²⁸⁶ Artº 290º nº 3 CPC

²⁸⁷ Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, *Do Abuso do Direito, Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, (1999), Almedina, pág. 49, chama à atenção, na esteira dos ensinamentos de Castanheira Neves, para o facto de que o abuso de direito é, antes do mais, um princípio normativo, uma expressão da própria Ideia de Direito. Logo, como os “*postulados axiológico-normativos do direito positivo, não têm de ser traduzidos em lei para vigorarem*”, ainda quando não houvera o artº 334º CC sempre o referido princípio nortearia a ordem jurídica, vinculando a sua aplicabilidade.

Ainda, e no alcance do referido artº 334º CC, pág. 55 a 69, explicitando as três áreas de salvaguarda: “(...) a doutrina distingue dois sentidos principais da boa-fé. No primeiro ela é essencialmente um estado ou uma situação de espírito que se traduz no convencimento da licitude de certo comportamento ou na ignorância da sua ilicitude, resultando de tal estado consequências favoráveis para o sujeito do comportamento. Neste sentido, a boa-fé insere-se nas normas jurídicas como elemento constitutivo da sua previsão, da hipótese. No segundo sentido, já se apresenta como princípio (normativo e/ou geral de direito) de actuação. A boa fé significa agora que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros. Estes sentidos podem extrair-se das normas do Código Civil. (...) São também conhecidas as duas principais concepções dos bons costumes: a sociológica, que procura o respectivo conceito, naturalmente evolutivo, na opinião social dominante, e a idealista, guiada por ditames de ordem filosófica ou religiosa, reagindo sobre as práticas usuais. Porém, pode dizer-se que a moral pública(como tradicionalmente também são referidos os bons costumes), “segundo a doutrina mais qualificada, é o conjunto das regras morais aceites pela consciência social. Não se trata pois de usos ou práticas morais, mas de ideias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica (mores), mas daquela que se entende dever ser observada (bonus mores). Não se trata tão pouco da moral subjectiva ou pessoal do juiz, antes sim da moral objectiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata ainda, portanto, da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (hoc sensu)”. Como se vê, o critério está na consciência social dominante. (...) E, quanto ao fim social ou económico dos direitos, “Melhor fora se o artº 334º referisse apenas “fim (ou função) desse direito”.”

Diz-se, em técnica, que toda a relação jurídica, na sua definição estrutural, *“existe entre sujeitos; incidirá normalmente sobre um objecto; promana de um facto jurídico; (e estará) dotada de garantia”* ²⁸⁸.

São, pois, elementos constitutivos da relação jurídica os sujeitos, o objecto, o facto jurídico e a garantia, sendo ainda especialmente relevante para a definição da relação jurídica concreta, a ligação, ou vínculo, existente entre os sujeitos.

Tal vínculo advém, precisamente, do direito subjectivo e do correspondente dever jurídico em presença e que definem, respectivamente, o sujeito activo e o sujeito passivo da relação e, concomitantemente, o objecto que os liga.

O direito subjectivo é, assim, tradicionalmente definido como *“o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)”* ²⁸⁹.

Portanto, o direito subjectivo define-se como tal enquanto o exercício do respectivo poder jurídico *“está dependente da vontade do seu titular. (...) Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada”* ²⁹⁰.

Precisamente, a autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade, enquanto se relaciona com outras pessoas na vida quotidiana, é uma preocupação vital do direito, aliás constituinte do sentido do direito civil: este disciplina a vida humana na inter-relação, no respeito do princípio da autonomia

²⁸⁸ Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição e 12ª reimpressão, Coimbra Editora, (1999), pag 168.

²⁸⁹ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra referida, pag 169. Nesta definição se incluem os direitos subjectivos em sentido estrito e os direitos potestativos.

No mesmo sentido:

Baptista Machado, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 12ª reimpressão, (2000), pag 64.

Horster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português- Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, reimpressão, (2000), pag 45 e seguintes.

Santos Justo, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 5ª edição, (2011), pag 37.

²⁹⁰ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, pag 169.

da pessoa. Daqui decorre, naturalmente, que tal autonomia é essencial á própria realização da personalidade.

Mas, obviamente, porque esse poder de autodeterminação é sentido pelo direito como sendo-o no contexto da relação inter-pessoal ²⁹¹, terá de entrar em linha de conta com o princípio da igualdade ou da paridade dos sujeitos. O que necessariamente sugere uma preocupação com o equilíbrio nas relações jurídicas e a composição de áreas de salvaguarda.

Precisamente, a autonomia – que perpassa todos os domínios do direito civil - é mais ampla no âmbito das relações de natureza patrimonial e do tráfico jurídico do que no âmbito das relações pessoais e familiares, por exemplo.

E manifesta-se, necessariamente, por via da liberdade de, não só exercer os poderes (direitos) de que se é titular, como ainda na possibilidade de conformar o conteúdo, quer por via de acto unilateral quer por via de negócio jurídico unilateral ou bilateral, dos seus direitos e interesses.

É assim que, no domínio concreto dos contratos, falamos do princípio da liberdade contratual consignado no artº 405º CC – que é também uma manifestação da autonomia da vontade. E o contrato é o meio por excelência, embora não o único, de revelar essa autonomia da vontade, de concretizar o universo dos direitos subjectivos e correspondentes deveres jurídicos.

Mas, como logo de entrada anota o referido normativo 405º no seu nº 1, *“dentro dos limites da lei”*. Porque é assim que o direito civil procura *“assegurar, pelo menos contra as suas negações extremas, uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as partes, bem como valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico”* ²⁹².

Compreende-se, pois, a razão de ser das limitações ou restrições ao exercício dos direitos, mesmo em domínios de reserva do princípio da autonomia da vontade, como é o caso dos contratos.

²⁹¹ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, pag 84 : *“O Direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os seres humanos em convivência”*

²⁹² Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, pag 97 e 98.

6.3.7.4. A indisponibilidade dita “objectiva”: as coisas fora do comércio e os direitos subjectivos de natureza pessoal

Há bens (coisas, direitos, interesses) que são “objectivamente indisponíveis” no contexto multifacetado das relações jurídicas, e o contrato de transacção não é excepção: refira-se, desde já, que a doutrina aponta, neste contexto, as coisas que se encontram fora do comércio - isto é as “*coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual*”, conforme dispõe o artº 202º nº 2 CC.

Mas não só. A doutrina aponta os chamados *direitos subjectivos de natureza pessoal*^{293 294 295}, onde se incluirão direitos como os de personalidade e os de família^{296 297}.

A este propósito, ocorre de imediato que, de uma forma geral, a doutrina agrupa os direitos subjectivos por via de várias classificações que correspondem, afinal, a uma visão pluridimensional deste direito²⁹⁸.

²⁹³ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, anotação 3 ao artº 1249º CC.

²⁹⁴ Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell’Enciclopedia del diritto, (1992), Giuffrè Editore- Milano, pag. 71 e seguintes.

²⁹⁵ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, anotação 3 ao artº 1249º CC.

²⁹⁶ Lebre da Freitas, José, João Redinha, Rui Pinto, Código de Processo Civil Anotado, Vol. 1º (artº 1º a 380º), (1999),Coimbra Editora, em anotação 2 e 3 ao antigo artº 299º, hoje textualmente artº 289º CPC de 2013: “o nº 1 respeita aos limites materiais ao princípio da autonomia da vontade, a observar tanto dentro do processo como fora dele, agora no campo da indisponibilidade objectiva das situações jurídico-privadas. Às normas de direito substantivo cabe, pois, a determinação das situações jurídicas objectivamente indisponíveis e, designadamente, a distinção entre aquelas que o são em absoluto(estando vedado qualquer dos negócios de auto-composição do litígio) e as que apenas o são relativamente (permitindo a realização de algum ou alguns deles). É assim que, será relativa a indisponibilidade do objecto nas acções de divórcio e separação de pessoas e bens, já que é possível a desistência do pedido mas não a transacção nem a confissão, assim como relativa será a indisponibilidade do direito a alimentos, já que parece ser admitida a transacção (artº 2006º e 2012º CC) e a confissão, mas a desistência do pedido só será possível quanto a prestações vencidas (artº 2008º nº 1 CC).

²⁹⁷ Alberto dos Reis, obra citada, pág. nº 519, no mesmo sentido.

²⁹⁸ Segundo o objecto ou bem jurídico em que incidem são direitos de personalidade e de família, direitos sobre bens materiais e imateriais; segundo o conteúdo serão direitos de domínio, de crédito, potestativos; segundo o alcance da sua oponibilidade serão absolutos ou relativos; originários ou derivados consoante o facto jurídico de que derivam; e transmissíveis- patrimoniais ou intransmissíveis- pessoais consoante a ligação ao titular.

Nesse sentido também Baptista Machado, João, *obra citada*, pag 88 a 90.

É assim que os direitos de personalidade e os de família, e também os direitos reais, serão direitos absolutos por oposição aos direitos subjectivos relativos (como é o caso dos direitos obrigacionais). Os primeiros são direitos subjectivos que se impõem contra todos, embora absoluto “*não signifique “ilimitado”, ou “isento de vinculações e deveres”, ou “incontrolado”*”²⁹⁹.

Os segundos são direitos que, em regra³⁰⁰, só têm efeitos “inter-partes”, não se constituem como um poder de domínio, apenas estabelecem obrigações limitadas a determinadas pessoas: são direitos de crédito, direitos que implicam apenas uma correlativa obrigação de prestar, ou de adoptar um dado comportamento³⁰¹.

Concretamente, aplicando o critério aos “negócios processuais”, refere taxativamente a doutrina que “*a confissão, a desistência do pedido e a transacção não são admissíveis relativamente a situações jurídicas indisponíveis (...) isto é, a situações que não podem ser constituídas , modificadas ou extintas por vontade das partes (...). A indisponibilidade da situação jurídica pode ser absoluta ou relativa:-é absoluta se a situação não admite nenhum desses negócios processuais; -é relativa se for admissível algum ou alguns desses negócios*”³⁰².

6.3.7.5. O alcance do artº 1249º CC e os direitos subjectivos de natureza pessoal

Concretizando o alcance da previsão legal da primeira parte do artº 1249º CC, dissemos atrás que a doutrina aponta como indisponíveis os *direitos subjectivos de natureza pessoal*, onde se incluem os direitos de família e os direitos de personalidade, o que levaria a pensar que, pelo menos aparentemente, deixaria de fora os *direitos de natureza patrimonial*.

Mas não será assim.

²⁹⁹ Horster, Heinrich Ewald, *obra já citada*, pag 46 e 47.

³⁰⁰ Embora haja obrigações contratuais que ultrapassam estes limites e até outras que, por serem duradouras e conferirem um exercício muito aproximado de posse , acabam por dar guarida a um *status* aparentemente real (exº contrato de locação, de comodato). Em regra são as que constituem direitos pessoais de gozo.

³⁰¹ Artº 397º CC: *Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.*

³⁰² Sousa, Miguel Teixeira de, obra citada, página 201, Ponto 4.

Desde logo porque a previsão normativa do artº 1249º não nos conduz a uma tal visão de carácter restritivo quando refere “*As partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, (...)*”. E, por outro lado, porque conhecemos, pelo ordenamento jurídico afora, vários casos de direitos de crédito que são de natureza indisponível^{303 304}.

Concluímos, pois, conforme o atrás referido, que a indisponibilidade contida no artº 1249º CC é aquela que resultará não apenas da natureza do direito em presença, mas também de expressa disposição da lei acerca de direito de qualquer natureza, incluídos os direitos de natureza patrimonial.

Convenhamos que, logo no alcance das classificações acima enunciadas, designadamente daquela que distingue direito absoluto de direito relativo, a indisponibilidade andarà mais próxima do direito de natureza absoluta do que do direito de crédito ou de natureza relativa.

E a verdade é que – num exercício de divagação jurídico-conceitual sempre agradável - a questão da indisponibilidade / disponibilidade dos direitos, é, afinal, anterior àquela ordenação doutrinária e pluridimensional dos direitos subjectivos, exercidos no contexto das relações jurídicas em sentido estrito, pois que, em rigor, advém, no mais essencial, do próprio conceito de *relação jurídica fundamental*.

Conforme já havíamos suscitado acima, a liberdade no exercício dos direitos, expressão do poder de autodeterminação que o Direito ao homem reconhece, além de implicar inevitavelmente – diríamos até constitutivamente – o seu exercício *em relação* com os outros, implica autoresponsabilização.

Portanto, liberdade, autodeterminação e autoresponsabilização definem o homem como “pessoa”³⁰⁵. E é este homem enquanto pessoa que, na relação

³⁰³ Embora também haja direitos de crédito de natureza indisponível (exº direito à retribuição no âmbito do contrato de trabalho).

³⁰⁴ Como bem refere Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 122 a propósito da distinção entre indisponibilidade por natureza e indisponibilidade por via da lei: “*In realtà si può ritenere che la categoria dei diritti indisponibili per natura comprenda diritti di contenuto non patrimoniale, personali o personalissimi, come tali generalmente indisponibili, e la seconda quei diritti patrimoniali, dei quali la legge espressamente sancisce l’indisponibilità più o meno ampia, indisponibilità che può assumere specificamente la forma dell’intransigibilità*”.

³⁰⁵ Horster, Heinrich Ewald, obra citada, pag 154 a 156: “*(...) cada homem tem, em relação a todos os outros, um direito no sentido de ser respeitado como pessoa e de não ser violado na sua existência (vida, corpo, saúde) e na sua esfera própria que envolve a sua existência (propriedade, direitos de crédito, etc)*

jurídica fundamental com os outros, é instituído num “círculo de direitos”, ou “esfera jurídica” que lhe “garante um certo mínimo inalienável (...). Deste modo, compõem o círculo de direitos a própria existência da pessoa, os direitos de personalidade inerentes à mesma, os seus direitos patrimoniais e os interesses legalmente protegidos. A pessoa, conjuntamente com os seus direitos de personalidade, é o centro daquele círculo, envolta pelos outros direitos e interesses protegidos por lei. Dentro desta “esfera jurídica” distingue-se, depois, entre direitos e deveres de carácter pessoal e de carácter patrimonial”³⁰⁶.

É esta relação jurídica fundamental que informa a relação jurídica, desde logo em sentido amplo, e depois, em sentido estrito ou concreto. Através desta última é concretizada a atribuição do direito subjectivo e da correspondente obrigação, *em situação*.

Portanto, na esfera jurídica encontramos direitos (e deveres) de natureza pessoal - desde logo os direitos de personalidade e os direitos de família – e também direitos de natureza patrimonial:

1- direitos de personalidade

decorre do que acima vai dito que toda a pessoa, pelo simples facto de o ser, tem personalidade jurídica. “ *Num sentido puramente técnico, ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro (...) de uma esfera jurídica*”³⁰⁷.

Sendo a personalidade jurídica uma qualidade que é directamente informada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tal implica que “a pessoa é titular de direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua

bem como uma obrigação no mesmo sentido em relação a todos os outros. Quer dizer, os homens devem-se respeito mútuo como pessoas, como seres autodeterminados e auto-responsáveis. (...) Todas as relações jurídicas, independentemente do facto jurídico que lhes deu origem, podem ser conduzidas ao modelo-padrão da relação jurídica fundamental (...). Por outro lado, todas as relações jurídicas devem ser compatíveis com a relação jurídica fundamental.”

³⁰⁶ Horster, Heinrich Ewald, obra citada, pag 157 e 158.

³⁰⁷ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, pag 84.

personalidade: são os direitos de personalidade constantes dos artº 70 e seguintes do Código Civil^{308 309}.

Tais direitos protegem a vida, a saúde e a integridade físicas, a honra, o nome, a liberdade física e psicológica, a imagem, a reserva da intimidade da vida privada.

São direitos tidos como *necessários e irrenunciáveis*³¹⁰.

Encontram acolhimento e tutela, em especial nos artº 72º a 80º e, a título de tutela geral, no artº 70º, do CC.

2-Direitos de família: pessoais e patrimoniais

Trata-se de direitos subjectivos de carácter peculiar atento o tipo de relação jurídica em que se enquadram. As relações familiares são relações entre sujeitos, pessoas³¹¹, pelo que está logicamente excluído que uma das pessoas possa ser objecto da relação.

Tais relações dão origem a dois tipos de direitos familiares: os *pessoais* e os *patrimoniais*.

Os direitos familiares patrimoniais são, por natureza, direitos reais ou obrigacionais, embora com especificidades decorrentes da relação familiar donde derivam: entre outros e a título de exemplo, os artº 1678º e seguintes estabelecem as regras quanto à administração, alienação e oneração dos bens comuns do casal ou próprios de cada um; os artº 1888º e seguintes regulam a administração dos bens pertencentes a filhos menores; os artº 1690º e seguintes

³⁰⁸ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, pag 87.

³⁰⁹ Rabindranath Capelo de Sousa, *A Constituição e os direitos de personalidade, Estudos sobre a Constituição*, Vol. 2, Lisboa,(1978), pag. 93, dá a seguinte definição de direito de personalidade: “*direitos subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida*”.

³¹⁰ Embora o disposto no artº 81º nº 1 CC admita a possibilidade de limitação voluntária quando não contrária aos princípios de ordem pública.

³¹¹ Artº 1578º CC: “*Parentesco é o vínculo que une duas pessoas(...)*”

Artº 1577º CC: “*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas(...)*”

estabelecem o regime das dívidas dos cônjuges e os bens que respondem pelas mesmas.

Ora, muitos dos direitos de natureza patrimonial no contexto da relação familiar, precisamente em virtude da sua especial função e ligação ao titular, são alvo de indisponibilidade ³¹² ³¹³ e, por conseguinte, de intransigibilidade: pensemos, por exemplo, no caso do direito legal a prestação alimentar do filho menor de idade. Enquanto direito constituído ao abrigo das responsabilidades parentais (artº 1878º nº 1 CC), as quais são irrenunciáveis (artº 1882º CC), terá tal direito de ser qualificado como indisponível ³¹⁴.

É de referir a este propósito— como bem anota Santoro-Passarelli ³¹⁵ - que, quando a razão da indisponibilidade, para além do bem intrinsecamente considerado e sob tutela, se funda numa específica função em relação à pessoa que é titular do direito ao respectivo bem, então, a somar ao aspecto objectivo, teremos o concurso de um aspecto subjectivo da indisponibilidade ³¹⁶.

O que traz consigo, inevitavelmente, e numa perspectiva mais ampla, um alargamento do conceito de indisponibilidade à própria relação jurídica e não apenas ao direito em si.

Já os direitos familiares pessoais não encontram paralelo, são específicos. Na verdade, desenham-se como relações entre pessoas, sujeitos. Pode dizer-se que são direitos sem objecto, não são *direitos de domínio*. Correspondem a estados familiares – exº “casado”, “filho”.

Nas relações externas, isto é, em relação a terceiros, têm carácter de exclusividade, são direitos absolutos, natureza aproximada da dos direitos reais:

³¹² Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 122.

³¹³ Alberto dos Reis, obra citada, pág. 520 a 524, na esteira de Manuel de Andrade, alerta precisamente para o facto de ser necessário distinguir, no âmbito das relações familiares, os efeitos pessoais dos efeitos patrimoniais e mesmo quanto a estes, para a necessidade de distinguir os direitos patrimoniais *eventuais* e os direitos patrimoniais *definidos e certos*, visto que, só quanto a estes se verificará a disponibilidade inerente ao poder de disposição.

³¹⁴ Embora o direito a alimentos, conforme o regime estabelecido no artº 2008º nº 1 CC, aponte para uma indisponibilidade parcial já que são susceptíveis de renúncia as prestações vencidas.

³¹⁵ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, pag. 124: *Nel caso del credito alimentare legale può ravvisarsi anche una limitazione della capacità giuridica dell'alimentando, privo dell'attitudine a modificare il rapporto alimentare di cui è parte ope legis, in particolare mediante una transazione. Prevale però l'aspetto oggettivo. Non così in altre ipotesi, in cui prevale l'aspetto soggettivo (...)*

³¹⁶ O que terá a sua relevância prática no tipo de invalidez (nulidade ou anulabilidade) a tratar em caso de violação.

exº artº 1577º(*o casamento implica plena comunhão de vida*), artº 1878º nº 1 (compete aos pais exercer o poder paternal).

Nas relações internas apresentam-se genericamente como direitos obrigacionais de carácter duradouro: por exemplo o artº 1672 (*os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de...*), aparecendo por vezes como direitos de tipo potestativo na vertente de poderes de direcção: exº artº (*os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais...*); artº 1878º nº 1 (*compete aos pais, no interesse dos filhos...*).

São direitos irrenunciáveis, inalienáveis e, em parte, originários ou naturais (como é o caso da relação paterno-filial).

Por conseguinte, conclui-se que o núcleo duro da indisponibilidade estará nos direitos de personalidade, nos direitos familiares pessoais e nalguma vertente patrimonial destes direitos como é o caso do direito legal a alimentos.

6.4 Transacção, acordo de mediação, homologação e a Lei nº 29/2013 de 14 de Abril

São, pois, já o vimos, pressupostos da transacção, na sua vertente substantiva, a existência de um litígio e o propósito de o terminar mediante concessões ou sacrifícios mútuos, salvaguardando os direitos de que não é permitido às partes dispor bem como as questões relativas a negócios jurídicos ilícitos (artº 1249º CC), sendo que o acordo daí resultante constará, no mínimo, de documento escrito, sem prejuízo de acrescidas exigências de forma (artº 1250º CC).

Quando a transacção seja interceptada por cenário judicial – quer porque o litígio está pendente em juízo quer porque, embora não o estando, a transacção celebrada carece de homologação judicial para ser plenamente eficaz, como é o caso de alguns acordos resultantes de mediação – os seus pressupostos e requisitos, designadamente quanto ao objecto e qualidade das pessoas intervenientes, são especificadamente avaliados nos termos do disposto no artº

290º nº 3 do CPC (e artº 289º nº 1 e 290º nº 1, em exacta correspondência com os artº 1249º e 1250º CC, respectivamente).

Pressupostos serão a existência de litígio que se pretende compor por via de concessões mútuas, sendo que os requisitos, atinentes às pessoas envolvidas e ao objecto da transacção, tocarão questões de índole subjectiva como a capacidade, e de índole objectiva como a licitude e a disponibilidade das matérias envolvidas (quer quanto à disponibilidade dos direitos estritamente considerados quer quanto á indisponibilidade de certas relações jurídicas, como referimos acima).

E é nesta latitude - feita a pequena viagem acima pelos vários conceitos e institutos envolvidos - que a mediação e os litígios que lhe são cometidos, isto é, a mediabilidade, se deverão também ponderar.

Na perspectiva de Cardona Ferreira ³¹⁷, *“É certo que, a mediação costuma ser apresentada como emanção da autonomia privada. E é. (...)*

Porém, todos temos de ter consciência , a este respeito, acerca da ordem jurídica portuguesa, mormente de dois aspectos. Por um lado há que distinguir (..) situações de direitos disponíveis e, por outro lado, indisponíveis(...).

Mas indisponíveis são quase todos os direitos, designadamente, em Direito da Família e em grande parte do Direito do Trabalho. E, portanto, neste âmbito, a intervenção do juiz é, juridicamente, indispensável. Mas, curiosamente, estes dois campos são aqueles em que a mediação pode ser mais útil. Problema? Solução extremamente simples: “casar” a intervenção da jurisdição e da mediação, como, aliás, se fez em matéria de Direito da Família.

Por outro lado, livre e esclarecida formação da vontade pessoal é um princípio de interesse e ordem pública da própria autonomia privada. Ou, numa outra vertente, atente-se nas palavras de Carlos da Mota Pinto: “esta autonomia, este poder de autodeterminação nas relações com as outras pessoas, supõe necessariamente a igualdade ou paridade de situação jurídica dos sujeitos”.

³¹⁷Ferreira, J. O. Cardona, “Justiça- Os Caminhantes e os Caminhos”, (2010), in *O Direito* 142º, V, pag 813-827.

Mas nada disto obsta à mediação. O que tudo isto faz - mais uma vez o friso- é aconselhar, “impor” a harmonização entre jurisdição e mediação. Uma e outra só ganham com essa harmonização e, mais importante, ganha o cidadão Caminhante.”

Vimos acima que a mediação é hoje regulada, nos seus princípios gerais aplicáveis, bem como quanto aos regimes jurídicos da mediação em matéria civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, pela Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, que, numa espécie de *remake* parcial – isto porque temos em conta que já anteriormente a Lei nº 29/2009 de 29 de Junho, por via do seu artº nº 85º, hoje revogado, tivera tal pretensão, introduzindo normas em conformidade no Código de Processo Civil, hoje também revogadas – procede à transposição da Directiva 2008/52/CE de 21 de Maio do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

No alcance desta Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, de que nos ocupamos, a mediação em geral, como forma de resolução alternativa de litígios, aparece regulada como uma via de chegada a um acordo entre as partes (artº 2º alínea a)), com o auxílio de um terceiro (artº 2º alínea b)), e estruturalmente assente em princípios como a vontade das partes em submeter e manter o seu litígio a mediação (artº 4º), a confidencialidade do procedimento de mediação (artº 5º), o direito a tratamento igual e imparcial (artº 6º), por via de um mediador independente (artº 7º), competente e responsável (artº 8º) e, finalmente, em que o acordo obtido tenha força executiva.

Este último alcance, especificamente regulado no artº 9º da Lei, aporta à nossa temática um aspecto de grande relevo: o acordo resultante de mediação pode ter força executiva *sem necessidade de homologação judicial* ³¹⁸.

Isto desde que respeite a litígio que possa ser objecto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial, as partes sejam dotadas de capacidade para celebrar o acordo, este tenha sido conseguido por via de

³¹⁸ Também em consonância com o disposto no artº 703º nº 1 alínea d) CPC

mediação realizada nos termos da lei e com a intervenção de mediador constante da lista oficial do Ministério da Justiça (requisito não exigível no âmbito dos sistemas públicos de mediação) e o conteúdo do acordo não viole princípios de ordem pública ³¹⁹.

Portanto, livremente fixado pelas partes o conteúdo do seu acordo resultante da mediação, e uma vez reduzido a escrito e assinado pelas próprias e pelo mediador (conforme o disposto no artº 20º da Lei, a meu ver mal integrado na secção III do capítulo III, quando o deveria estar no capítulo II por ser de aplicação geral), tal acordo, ressalvado o disposto no referido artº 9º, tem total eficácia, estando assegurada a sua força executiva.

Concretamente no que concerne à mediação em matéria civil e comercial ³²⁰ – retirados, por conseguinte, os litígios susceptíveis de serem objecto de mediação familiar, laboral e penal, já que têm tratamento específico no âmbito dos sistemas públicos respectivos - a Lei trabalha a questão mediante duas

³¹⁹ O que implicará, como bem lembra o *Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público sobre a Proposta de Lei 116/XII* que esteve na base da Lei da Mediação, consultada em 07-09-2013 em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37369> que “ *intervindo apenas as partes e o mediador no processo de mediação, quem deve assegurar que aquelas têm capacidade, que o acordo é celebrado nos termos legalmente previstos e que o litígio possa ser objecto de mediação e que o acordo não viola a ordem pública é precisamente o mediador. É certo que, por uma questão de opção legislativa, decidiu-se não definir neste diploma as qualidades técnicas que deve possuir o mediador (...). Não podemos, ainda assim, deixar de assumir que estamos apreensivos nesta matéria*”.

³²⁰ Ainda, duas ressalvas efectuadas a este propósito pelo referido *Parecer*, ao conjugar o disposto nos artº 10º e 11º da Proposta de Lei : *opta por elevar à categoria de litígio passível de mediação em matéria civil e comercial todo aquele que respeite a interesses de natureza patrimonial, ou seja, que assumam carácter económico ou material e dessa perspectiva se reflectam no património do interessado, ou, não assumindo essa natureza possam as partes transigir sobre o direito controvertido. Resulta que (...) se optou por um critério alargado de definição das matérias integrantes dos conceitos “civil e comercial”. Esta opção merece-nos, porém, duas ressalvas: em primeiro lugar, respeitando as normas deste capítulo III à obrigação de transposição da Directiva 2008/52/CE (...) seria conveniente a referência expressa à exclusão do âmbito de aplicação deste capítulo às matérias em que o Estado actua no exercício da sua autoridade (...). Em segundo lugar, pese embora o presente regime trate em igual medida todos os interesses de natureza patrimonial, inserindo-os no conceito de matéria civil e comercial, existem, dentro desta categoria, situações que merecem a devida ressalva. Os interesses económicos dos consumidores e o direito à reparação dos danos por estes sofridos encontram assento constitucional (...). Reconhecemos que é possível que se argumente que, pese embora o modo de conduzir uma mediação seja radicalmente diferente quando está em causa um litígio de consumo ou um diferendo relacionado com um contrato comercial ou de direitos reais ou de responsabilidade civil, o certo é que, respeitando-se os princípios de qualidade, confidencialidade e executoriedade das decisões, o esquema previsto na presente Proposta de Lei poderá eventualmente garantir a salvaguarda dos interesses económicos dos consumidores. Todavia, existem razões válidas e justificadas para que se autonomizem os mecanismos de resolução alternativa de litígios quando está em causa matéria relacionada com consumo.*”

coordenadas fundamentais: primeiro a da delimitação do objecto e em segundo lugar a dos requisitos de homologação do acordo obtido.

O artº 11º delimita o objecto desta mediação ³²¹. E fá-lo com uma dupla amplitude: no que concerne a *interesses de natureza patrimonial* enquadráveis em tais matérias, não são apontadas limitações.

Já no que concerne a litígios que *não envolvam interesses de natureza patrimonial*, só será possível a mediação se também fora possível a transacção ³²². O que implica a convocação dos aspectos implicados nesta, acima suscitados.

O artº 14º regula os requisitos da homologação judicial do acordo obtido, quer quando seja obrigatória por imposição legal – o que desde logo sucederá no caso de acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do actual artº 273º nº 5 do CPC (antigo 279º-A), conforme o disposto no artº 45º da Lei - quer quando sejam as partes a pretender requerer tal homologação ³²³.

³²¹ Também o Conselho Superior da Magistratura, em *Parecer* sobre a referida Proposta de Lei, consultado no Sítio já referido, aduz: “*Isto corresponde a não poderem ser sujeitos litígios que respeitassem a direitos indisponíveis na medida em que em relação a estes, segundo as regras gerais do processo civil, “não é permitida confissão, desistência ou transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis” (...). Porém, o projecto de diploma não prevê qualquer norma que permita aplicar subsidiariamente as normas de direito processual civil, bem pelo contrário, as regras a que o processo de mediação fica sujeito, são as estabelecidas no diploma que institua a entidade responsável pela sua efectivação (...). Ou seja, afastada ab initio a aplicação subsidiária das regras do processo civil, tal significará uma inversão de um princípio fundamental do direito privado segundo o qual os direitos indisponíveis não podem ficar sujeitos aos simples interesses das partes (razão por que no processo civil não se admite transacção quanto aos mesmos). Por conseguinte, seria pertinente(...) a exclusão da composição de direitos indisponíveis, sob pena de manifesta contradição interna do ordenamento jurídico, sugerindo-se o aditamento “e que não respeitem a direitos indisponíveis”.*

No mesmo sentido a *Opinião da Deputada Relatora da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias* : “*tal como afirma o CSM (...) os direitos indisponíveis não podem ficar sujeitos aos simples interesses das partes. Não por acaso, não se admite transacção quanto aos mesmos. Bem mais consentâneo com a nossa ordem jurídica seria, pois, que se salvaguardasse na redacção da lei a exclusão de composição de direitos indisponíveis – bastaria um acréscimo – sendo que a mediação penal e de sistemas de família já está salvaguardada pela própria proposta de lei.*”

³²³ A propósito do consignado no artº 14º, aduz também o *Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público* sob consulta: “*refere-se na exposição de motivos desta Proposta de Lei que “a atribuição de força executiva nem sempre é pretendida pelas partes e que, por outro lado, são diversas as matérias em que será sempre necessária, por força de outros dispositivos legais, a homologação judicial do acordo para que este tenha força executiva. Importa ainda referir que o acordo de mediação que não reúna os requisitos necessários para que lhe seja atribuída força executiva pode sempre, em virtude de posterior homologação judicial, ver-lhe ser concedida essa qualidade”. A articulação dos regimes previstos para os*

E refere a norma que, tal homologação judicial *tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objecto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.*

Aqui chegados, impõe-se que nos detenhamos nalgumas considerações acerca da homologação que o legislador da mediação colocou ao alcance desta.

Compreende-se, até por razões de lógica e coerência jurídico-processual sistémica, que o acordo de mediação esteja sujeito a homologação quando aconteça “em suspensão”: isto é, quando tenha na base um litígio que é alvo de acção judicial que fica suspensa, nos termos da lei, enquanto decorre a mediação

324

De resto, parecem proceder as críticas encontradas sobre a justificação e utilidade da homologação.

É que, efectivamente, a Directiva 2008/52/CE não impõe a homologação do acordo de mediação, apenas pretende a sua executoriedade: *A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório. Os Estados-Membros só deverão poder recusar declarar esse acordo executório se o seu conteúdo for*

acordos exequíveis com e sem recurso a homologação judicial parece-nos bem conseguida (...). Igualmente acertada (...) é a opção pelo carácter facultativo e voluntário da submissão a homologação. Se as partes consideram que é possível o cumprimento do acordo numa base voluntária, sem recurso aos mecanismos executivos judiciais, não se entenderia que a homologação fosse estipulada como mecanismo obrigatório fora das situações previstas no artº 9º. Tal obrigação teria apenas a virtualidade de impedir que o objecto do acordo fosse contrário à ordem pública, que as partes o celebrassem sem capacidade ou que o litígio pudesse ser resolvido por via da mediação. Todavia, se os critérios de selecção e admissão à função de mediador forem suficientemente exigentes para garantir a obrigação de competência destes profissionais, que se erige como princípio deste diploma, cremos que a opção deste artº 14º é acertada.”

Dir-se-à que o disposto no artº 26º alínea K) da Lei procurou suavizar esta preocupação: submete a actuação do mediador às normas éticas e deontológicas previstas na Lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia.

³²⁴ Em sentido contrário, por não lhe parecer ser inevitável e até contrariar o princípio da confidencialidade que preside à mediação, Gouveia, Mariana França, “Algumas Questões Jurídicas a Propósito da Mediação”, in *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the european union*, Mediarcom/ Minerva Coimbra, (2009), pág. 213-242, pág. 236.

contrário ao direito interno (...) ou se o seu direito não previr o carácter executório do conteúdo do acordo específico. Tal poderá acontecer se a obrigação especificada no acordo não tiver, pela sua natureza, carácter executório ³²⁵. Tal está expressamente regulado no artº 6º nº 1 da Directiva, sob a epígrafe “Executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação”.

Ora, na vigência da transposição da Directiva efectuada em 2009, não é feita qualquer referência à executoriedade, mas sómente à homologação, por via do artº 249º-B do CPC.

A verdade é que, nem seria necessária tal referência, até em conformidade com a Directiva quando refere “ (...)ou se o seu direito não previr o carácter executório do conteúdo do acordo específico”.

De facto, à data, o artº 46º nº1 alínea c) do CPC, direito interno português, estabelecia que “os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto” eram títulos executivos. Trata-se, portanto, de simples documentos de natureza particular, já para não falar dos autênticos ou autenticados também previstos como títulos executivos no alcance da alínea b) da mesma norma.

Portanto, a sugestão feita pela Directiva no seu artº 6º nº 2, tem apenas em conta a generalidade dos sistemas jurídicos e não, como o era à data, o caso específico português ³²⁶.

Donde resulta que, a homologação, no sistema jurídico português, não se afigurava imprescindível à executoriedade do acordo de mediação ³²⁷.

³²⁵ Considerando 19 da Directiva referida.

³²⁶ Lebre de Freitas, José, *A acção executiva Depois da reforma da reforma*, 5ª Edição, (2009), Coimbra Editora, pág. 57, nota 44 refere: “A evolução do nosso direito foi, desde o CPC de 1876, no sentido de generalizar e exequibilidade dos documentos particulares(...) que outras legislações não conhecem (caso da lei alemã), e outras ainda restringem aos títulos de crédito (caso da lei italiana) ou aos cheques (caso da lei francesa).”

³²⁷ Gouveia, Mariana França, obra citada a propósito, refere até que a única virtualidade vislumbrada com a homologação seria a da obtenção de um título executivo com o valor de sentença (artº 46º nº 1 alínea a)) para circunscrição dos fundamentos de oposição (artº 814º CPC então vigente.)

Já ao abrigo da Lei da Mediação, veio a ser revogado aquele artº 249º-B, é certo, mas a Lei tomou posição quanto aos requisitos de executividade do acordo de mediação não homologado, no seu artº 9º: desde que o seu conteúdo respeite a litígio susceptível de mediação e para o qual não se exija homologação, as partes sejam dotadas de capacidade e o conteúdo não viole a ordem pública, tendo sido conseguido o acordo por via de mediação legalmente prevista e através de mediador inscrito oficialmente, tal acordo é executório.

Ficou clara, portanto, a dissociação entre executividade e homologação.

Sendo que, à luz do actual artº 703º CPC, será agora enquadrada a qualidade executória do acordo de mediação na alínea d) do seu nº 1.

De tudo quanto se disse, parece poder concluir-se, à luz da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, que em matéria civil e comercial - com exclusão dos litígios que, ainda que de tal âmbito, sejam passíveis de mediação familiar, laboral e penal - os requisitos de mediabilidade dos litígios só encontrarão correspondência nos requisitos estritos do contrato de transacção quando estejam presentes interesses de natureza não patrimonial, ou, ainda, como decorre da análise supra efectuada, interesses patrimoniais que decorrem de direitos de natureza estritamente pessoal indisponíveis.

Isto é, em tese, o acordo válido e resultante de mediação poderá não resultar exactamente coincidente com as exigências do acordo transaccional clássico válido, tal como o conhecemos e acima desenvolvemos, caso apenas estejam em presença interesses de natureza patrimonial ³²⁸.

³²⁸ Vide, Carlos Rogel, *Mediación y Transacción en el Derecho Civil*, monografia, in *Diritto@Storia*, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, nº 9, 2010, consultada em 07-09-2013 em <http://dirittoestoria.it/9/Monografie/Rogel-Vide-Mediacion-y-transaccion.htm>. O autor defende que os limites aplicáveis à transacção se aplicam inexoravelmente à mediação quando esta termina por acordo: “*la mediación – si tiene éxito – determina la celebración, por las personas con las que se ha mediado, de un acuerdo transaccional mediante el qual (...) se pone fin a todas las disputas existentes(...)la mediación conduce a la transacción.(...) Las personas no son siempre enteramente libres para zanjar, por su sola voluntad, las cuestiones que a ellas afectan(...) por vía transaccional, mediación previa mediante, llegado el caso(...).En efecto, hay muchas cuestiones(...) reguladas por normas imperativas(...) que no pueden ser cambiadas ni alteradas por pactos ni por acuerdos de voluntades, transaccionales o no. La transacción, pues, tiene sus límites, límites que, de buena fe, pueden ignorar los padres e hijos de familia,(...)mas no los mediadores, que son profesionales y, como tales, conocedores obligados de la materia que les ocupa(...). Los mediadores, pues y en mi opinión, han de saber, necesariamente, cosas sobre la transacción, meta deseable de su quehacer. Han de saber, señaladamente, quien puede transigir Y quien no. Han de saber sobre que cosas se puede transigir y sobre cuales no.*”

É claro que, se tal acordo estiver por lei – ou por vontade das partes – como vimos acima, sujeito a homologação judicial, terá de respeitar os requisitos consignados no artº 14º nº 3 da Lei, os quais, em rigor e por aferição dos requisitos do contrato de transacção já acima expendidos, nos reconduzem às condicionantes impostas a uma transacção válida: objecto, capacidade, licitude.

Mas só nesse caso.

Porque, se o acordo resultante de mediação não estiver por lei ou por vontade das partes sujeito a homologação judicial, a sua validade depende unicamente de o mesmo ter sido alcançado por partes capazes, com o auxílio de mediador oficial no âmbito de procedimento legal de mediação, e de o seu objecto ser susceptível de mediação, respeitando a ordem pública³²⁹.

Tal acordo, assim conseguido, é válido e eficaz, sendo susceptível de fundar uma acção executiva, como já referido (artº 9º da Lei).

Aqui chegados, temos inevitavelmente de concluir que as questões suscitadas acima a propósito da análise e transposição da Directiva, especialmente no que toca ao objecto da mediação ou mediabilidade, acabam por se manter, em maior ou menor grau, com a Lei da Mediação tal qual ficou aprovada.

Questiono, até, se, tendo em conta os Pareceres das entidades acima elencadas, como o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho de

³²⁹ É interessante verificar que, no domínio da Lei da Arbitragem Voluntária, Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro, a possibilidade de celebração de transacção no decurso do processo arbitral, que vem prevista no seu artº 41º nº 1, também parece desviar-se do rigor dos requisitos clássicos do contrato de transacção, pelo menos no que se refere a interesses de natureza patrimonial: *se, no decurso do processo arbitral, as partes terminarem o litígio mediante transacção, o tribunal arbitral deve pôr fim ao processo e, se as partes lho solicitarem, dá a tal transacção a forma de sentença proferida nos termos acordados pelas partes, a menos que o conteúdo de tal transacção infrinja algum princípio de ordem pública.*

De facto, se analisarmos comparativamente o estabelecido na Lei da Mediação e o disposto no artº 1º nº 1 e 2 da referida Lei da Arbitragem Voluntária, verificamos que há identidade de regimes quanto à temática da mediabilidade ou objecto do litígio, e transacção. Dir-se-á que a Lei da Mediação, sendo ulterior, no tempo, àquela Lei da Arbitragem, seguiu os seus passos nesta matéria.

Ora, foi mesmo essa a intenção do legislador, como se pode ver pela consulta efectuada, em 07-09-2013, à exposição de motivos no âmbito da Proposta de Lei 116/XII que esteve na base da Lei da Mediação, em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37369> :”Numa perspectiva de valorização do procedimento de mediação, e de maximização dos tipos de litígios que as partes podem procurar resolver entre si através da mesma, optou-se pela concretização desse critério nos mesmos termos em que foi fixado o critério de arbitrabilidade na nova Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro”.

Acompanhamento dos Julgados de Paz ³³⁰, até a Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, que expressamente se pronunciaram pela ressalva expressa dos direitos de natureza indisponível no âmbito da Lei, tal não significará mesmo, numa consentânea perspectiva do alcance da Directiva transposta, uma clara opção por um conceito de mediação *pairando* sobre o conceito de transacção, logo mais abrangente e flexível.

6.5. O Direito Comparado: a transposição da Directiva 2008/52/CE e a mediabilidade dos litígios no direito positivo das ordens jurídicas de Espanha, França, Itália e Alemanha

Noutros países da União, qual terá sido o alcance dado à mediabilidade, em matéria civil e comercial, na sequência da transposição da Directiva 2008/52/CE para os respectivos ordenamentos internos?

Vejamos alguns exemplos.

Em **Espanha**, a transposição foi efectivada por via do *Real Decreto Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles Y mercantiles* ³³¹.

O artº 1º do Real Decreto Ley define mediação, numa formulação bem ampla, como “*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*”

No artº 2º nº 2, são enunciadas as exclusões sendo que, para além dos litígios objecto de mediação penal, laboral e relativa à administração pública, também consigna expressamente a exclusão da mediação em matéria de consumo.

³³⁰ Parecer consultável no mesmo *Sítio* acima referido, que faz sentir como pertinente a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis e a menção à salvaguarda destes, mormente por via da homologação judicial.

³³¹ Publicada em *BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242*, consultada em 09-09-2013 em Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

O objecto é assumido na seguinte formulação, aliás coincidente com a da Directiva referida: *“Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. (artº 2º nº 1).*

Quanto à força executiva dos acordos resultantes da mediação, a lei espanhola contempla duas vias: se a mediação é extrajudicial, as partes podem certificar o acordo mediante escritura pública, perante um notário, o qual fará o controle dos requisitos legais (artº 25º nº 1 e 2). Por outro lado, *“ Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artº 25º nº 4).*

Submete expressamente a mediação aos princípios da voluntariedade e livre disposição, igualdade de oportunidades, imparcialidade e confidencialidade (artº 6º, 7º, 8º e 9º), para além da expressa sujeição das partes à lealdade, boa-fé e ao respeito mútuo e ainda ao dever de colaboração e apoio ao mediador (artº 10º).

O estatuto do mediador é regulado em pormenor (artº 11º a 15º), devendo ter formação superior e ainda formação específica acreditada em mediação, e inclusivé deverá actuar a coberto de seguro de responsabilidade civil profissional.

Do artº 16º ao artº 24º regula a lei a tramitação do procedimento de mediação, sendo que é admitida como possível a realização de actos de mediação por via de meios electrónicos de comunicação ou videoconferência.

De um modo geral, ressalvadas as notas acima, a estrutura da lei é muito semelhante à lei portuguesa sobre mediação em matéria civil e comercial.

Em **França**, a transposição fêz-se por via da *Ordonnance nº 2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la*

*médiation en matière civile et commerciale*³³², que altera a *Loi du 8 février 1995*³³³ *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

No seu artº 21, também de forma conceitualmente ampla, afirma-se que a mediação “*régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige*, e consignam-se princípios como a confidencialidade³³⁴, a imparcialidade, a competência e diligência.

Estabelece aquilo a que chama de *mediação judicial*, ou seja, que em processo judicial o juiz poderá proceder à remessa da causa para mediação e aduz regras quanto à designação dos mediadores, duração do procedimento e custos (artº 22).

Exclui a aplicabilidade aos processos de natureza penal (artº 23) e algumas matérias de natureza laboral (artº 24).

Estabelece o princípio de que o acordo obtido por via de mediação extrajudicial pode ser sujeito a homologação judicial, a qual lhe dará força executória³³⁵.

³³² Consultada em 10-09-2013 em, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839> (Lien Legifrance)

³³³ C'est la loi du 8 février 1995 qui consacre pour la première fois les modes alternatifs en comprenant un chapitre intitulé "la conciliation et la médiation judiciaires", consultada em 10-09-2013 em <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/juge-justice-proximite/reglement-conflits/>

³³⁴ Embora com exceções : “« Art. 21-3.-Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.
« Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.
« Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :
« a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;
« b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

³³⁵ “ Art. 21-5.-L'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire.”

E delimita o objecto da mediação, neste âmbito civil e comercial, expressamente aos direitos da natureza disponível ³³⁶.

Em **Itália**, a Directiva entrou no ordenamento jurídico por via do *Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n° 28*, publicado na *Gazzetta Ufficiale n. 53 del 05 Marzo 2010* ³³⁷.

O actual artº 1º alínea a) do referido Decreto define mediação como “: *l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*” ³³⁸.

E o artº 2º é taxativo quando circunscreve o objecto da mediação, em matéria civil e comercial, aos direitos de natureza disponível : “ *Chiunque puo' accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.*”

São elencados os deveres do mediador, a sua sujeição aos princípios da confidencialidade, da imparcialidade e correcção e existe um “registo dos organismos de mediação”, podendo esta ser praticada por entidades públicas ou privadas, inscritas nesse registo gerido pelo Ministério da Justiça. A sua actividade é vinculada ao Decreto, ao regulamento ministerial e ao regulamento interno de cada um que é sujeito a aprovação do Ministério.

O artº 12º do Decreto Legislativo refere-se à eficácia executiva do acordo alcançado por via de mediação. A redacção inicial desta norma foi alterada, no sentido de conferir poderes aos advogados que assistam as partes para,

³³⁶ “Art. 21-4.-*L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.*”

³³⁷ Consultada em 11-09-2013 em Altalex, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=55668>

³³⁸ Esta não era a redacção original da norma, mas sim a que resultou da alteração conjugada do art. 84 do [D.L. 21 giugno 2013, n. 69](#) modificado pela [L. 9 agosto 2013, n. 98](#) ; consulta feita em 11-09-2013.

relativamente a alguns litígios, poderem atestar a conformidade do acordo com a ordem pública e as normas imperativas, ficando assim conferida força executiva a tal acordo. Nos restantes casos, mantém-se a regra inicial: desde que não contrarie a ordem pública e normas imperativas, o acordo é homologado pelo juiz competente à luz do regulamento, passando a título executivo ³³⁹.

Interessante também é o facto de o diploma estabelecer três tipos de mediação em matéria civil e comercial: a obrigatória, que significa que, para poderem prosseguir nos tribunais as partes deverão ter tentado, ainda que sem sucesso, a mediação ³⁴⁰ – como é o caso, por exemplo, dos litígios em matéria de direitos reais, partilhas, sucessão hereditária, locação, comodato, arrendamento por empresas, indemnização por danos resultantes de certos tipos de responsabilidade civil, contratos de seguros, bancários e financeiros – a facultativa, isto é, accionada por opção das partes, e também aquela em que é o próprio juiz perante quem decorre a causa judicial a sugerir às partes o recurso à mediação.

³³⁹ Artº 12º, modificado pelo art. 84, 1, m), [D.L. 21 giugno 2013, n. 69](#), e [L. 9 agosto 2013, n. 98](#), consultado em 11-09-2013: “*Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal Presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.*”

³⁴⁰ Portanto, nestes casos, a “experiência” prévia da mediação é uma condição de admissibilidade da acção : artº 5º do Decreto – “*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione e' già iniziata, ma non si e' conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e' stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.*”

Certo é que, o tom avançado do Decreto Legislativo de 05 de Março de 2010 e suas sucessivas alterações, tem provocado agitação na doutrina italiana e nos operadores judiciais, que qualificam o modelo italiano de mediação em matéria civil e comercial de ambíguo, e, por isso, susceptível de insucesso ³⁴¹.

Finalmente, na **Alemanha**, a transposição deu-se por via de uma *Lei de 21 de Julho de 2012, em vigor desde 26 do mesmo mês e ano, publicada no Boletim Oficial (Bundesgesetzblatt) BGBl. I, 2012, S. 1577* ³⁴².

É a primeira norma jurídica que regula formalmente a mediação na Alemanha.

E transpõe a Directiva, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, para o ordenamento jurídico alemão, com um alcance que até a ultrapassa:

Enquanto a Directiva está vocacionada para os litígios civis e comerciais, e transfronteiriços, a Lei alemã contempla todas as modalidades de mediação, independentemente do tipo de litígio e do lugar do domicílio ou de residência habitual das partes.

Também define mediação como um processo estruturado, no qual as partes procurarão encontrar, autónoma e voluntariamente, a solução do litígio por mútuo acordo, com o auxílio de um ou mais mediadores.

Deixa ao mediador e às partes o poder de conduzir o processo, sujeitando-o apenas a orientações genéricas.

Princípios como a confidencialidade, a independência e a imparcialidade são incontornáveis. Aliás, no intuito de garantir a confidencialidade, obriga-se a sua assumpção formal por parte do mediador.

³⁴¹ Nesse sentido, Alpa, Guido – Silvia Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in *Judicium – Il processo civile in Itália e in Europa*, pag 1 a 11, consultada em 13-09-2013 em www.judicium.it.

No mesmo sentido Scarselli, Giuliano, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Judicium – Il processo civile in Itália e in Europa*, também consultada em 13-09-2013 em www.judicium.it. Em sentido contrário, defendendo aspectos positivos da nova lei, Tiscini, Roberta, *L'esito positivo della mediazione civili e commerciale del d. lgs. N. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *Judicium – Il processo civile in Itália e in Europa*, também consultada em 13-09-2013 em www.judicium.it.

³⁴² Consultado o seu resumo em 13-09-2013 em European Justice, Portal Europeo de e-Justice, https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-maximizeMS-es.do?member=1

A Lei alemã incentiva a resolução dos litígios de forma amigável, segundo o princípio de que os litígios devem ser resolvidos, tanto quanto possível, fora dos tribunais ³⁴³. O que se repercute também nas leis processuais: ao iniciar um processo judicial, as partes deverão esclarecer se tentaram uma solução extrajudicial, por exemplo por via de mediação, ou se não o fizeram e é desaconselhável que o façam. O tribunal também poderá sugerir o recurso à mediação.

Os acordos resultantes da mediação poderão ser executados mediante a intervenção de advogado ou de notário ³⁴⁴.

6.6.Uma análise comparativa do conceito de disponibilidade: mediabilidade e arbitrabilidade

Fizemos acima uma análise ao conceito de indisponibilidade que subjaz ao contrato de transacção, figura que irremediavelmente acompanha o regime jurídico da mediação até à actualidade.

Mas a problemática da disponibilidade – indisponibilidade também está presente no âmbito da arbitragem voluntária.

A propósito, a antiga Lei nº 31/86 de 29 de Agosto sobre Arbitragem Voluntária já estatua, no seu artº 1º nº 1 que *“desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”*.

Ulteriormente, a Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro, agora em vigor, adoptou a seguinte formulação no seu artº 1º: *“1- Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses da natureza patrimonial pode*

³⁴³Comentário alcançável no *sítio* do Bundesministerium der Justiz, consultado em 13-09-2013 em http://www.bmj.de/DE/Home/home_node.html

³⁴⁴Conforme a informação recolhida no *Sítio* indicado acima, rege o artº 796, letras a-c, artº 794, 1, nº 5, do Código de Processo Civil alemão).

ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2- É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.”

Como se vê – e, aliás, vem de acordo com a intencionalidade manifestada na Proposta de Lei da Mediação já acima invocada – o conceito legal de litígio mediável na Lei de 2013 acompanha *ipsis verbis* o conceito de litígio arbitrável na Lei da Arbitragem Voluntária de Dezembro de 2011 e hoje em vigor.

Assim sendo, e apesar de, tecnicamente, a solução do litígio ser alcançada por vias diversas – na arbitragem pela intervenção jurisdicional do árbitro e na mediação pelo esforço interactivo das próprias partes – é de relevar a proximidade conceitual da indisponibilidade dos litígios em ambos os casos até ao passado recente e, de 2013 em diante, a própria identidade da indisponibilidade na formulação legal, que, como vemos em ambos os casos, continua a convocar a indisponibilidade de determinados direitos por força da aplicabilidade do regime da transacção.

Por conseguinte, como tem sido entendida a questão da indisponibilidade dos direitos no âmbito da arbitragem?

De um modo geral, e logo à partida, a doutrina que se debruça sobre a arbitragem tem entendido que a avaliação deverá ser efectuada caso a caso ³⁴⁵.

³⁴⁵ Silva, Paula Costa e, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Lisboa, (Dez 1992), página 922, a propósito do conceito de indisponibilidade no alcance da Lei nº 31/86 : “O critério da arbitrabilidade de um litígio fornecido pelo nº 1 do artº 1º há-de ser concretizado de forma casuística. Assim, só confrontados com determinado litígio ou direito perguntaremos ao ordenamento que o disciplina se aquele deve ser dirimido exclusivamente por tribunal judicial ou arbitral necessário e se este, devido à sua natureza, é subtraído à disponibilidade das partes”.

No mesmo sentido Almeida, Carlos Ferreira de, “Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, 2008, Coimbra Almedina, página 86 e 87: “A indisponibilidade de direitos, como critério para a exclusão da arbitrabilidade, não é o único possível e tem sido criticado, a meu ver sem razão, porque o critério me parece suficientemente amplo e razoavelmente claro.(...) A necessidade de atender e respeitar a ordem pública, as normas imperativas em geral (e também os bons costumes e a boa-fé) não implica a exclusão da arbitrabilidade; constitui apenas limite ao poder decisório dos tribunais arbitrais em termos que em pouco se diferenciam do poder dos tribunais estaduais.(...) As normas imperativas convivem (geralmente bem) com a autonomia privada. Algumas áreas em que o peso das normas imperativas é especialmente relevante são precisamente aquelas em que a arbitragem tem mais êxito (por exemplo, nos conflitos de consumo e de trabalho). A disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos não se afere instituto a instituto. Assim, por exemplo, a exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque, em relação a todos estes institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral. A disponibilidade ou indisponibilidade deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido.(...) Um critério prático consiste em inquirir se o

Para além disso, cedo o critério da indisponibilidade dos direitos foi olhada com desconfiança ³⁴⁶, sobretudo com a sua consagração na Lei nº 31/86 acima referida, e no contexto da tendência verificada noutras ordens jurídicas ³⁴⁷: de facto, o mundo resolvia a questão entre várias alternativas, desde o consagrar a livre arbitrabilidade com excepções expressas quanto a matérias concretas (como, por exemplo, a Índia e os EUA), até à adopção de critérios da carácter conceitual (como é o caso da maioria dos países europeus e da América Latina) que se reconduzem, essencialmente, ao critério da ressalva da ordem pública, ao da natureza patrimonial da pretensão ou ao da disponibilidade do direito em causa.

É assim que, defendendo a adequação, à arbitrabilidade dos litígios, do critério da natureza patrimonial da pretensão – que é hoje, na combinação efectuada pela Lei nº 63/2011 em vigor, o critério geral do nº 1 do artº 1º, embora se mantenha associada a ressalva em sede de indisponibilidade no nº 2 – a doutrina sempre se dividiu quanto ao critério da disponibilidade dos direitos como condição de arbitrabilidade ³⁴⁸.

litígio poderia ou não ser negociado e resolvido pelas próprias partes, o que equivale a inquirir se é passível de contrato de transacção. (...)

³⁴⁶ Ventura, Raúl, “Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, (1986), Ano 46, Tomo II, página 320 e 321, a propósito do conceito de indisponibilidade naquela Lei nº 31/86, já então comentava: “Para que o litígio possa ser sujeito a arbitragem, não pode incidir sobre direitos indisponíveis(...). No estrangeiro(usam-se) várias técnicas. Um primeiro grupo de leis internas procede por exclusão expressa e singular de várias matérias, acrescentando ou não um critério de ordem geral (...). Quando utilizam um critério geral de arbitrabilidade, as leis adoptam um de dois: ou a susceptibilidade de transacção entre as partes sobre o litígio (...) ou a disponibilidade do direito sobre que versa o litígio(...). A Lei nº 31/86 utiliza o critério da disponibilidade dos direitos e a escolha parece acertada, não porque o critério da transigibilidade conduza a resultados diversos, mas sim porque chega ao mesmo resultado só indirectamente. Pelo menos em países, como o nosso(...) em que as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, é inútil intercalar a transigibilidade para alcançar a disponibilidade. Pessoalmente, nutro dúvidas sobre este requisito da arbitrabilidade, porque não descubro ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos juízes dos seus litígios, mas conformo-me com o sentir comum, tão largamente manifestado. Seja-me, contudo, permitido notar que, por exemplo, quando leio que a arbitragem não é possível quando a transacção não o é, pois esta exige a faculdade de dispor, visto ser constituída por abandonos recíprocos(...), compreendo que a transacção não possa, pelo citado motivo, incidir sobre direitos indisponíveis, mas continuo a duvidar da igualdade, para este efeito, entre transacção e convenção de arbitragem, ou, por outras palavras, duvido de que o julgamento por um tribunal arbitral de litígio sobre o direito disponível afecte a indisponibilidade do direito.”

³⁴⁷ Caramelo, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio-Reflexões de iure condendo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, (2006), Ano 66, Tomo III, Lisboa, páginas 1233-1265, pág. 1235.

³⁴⁸ Almeida, Carlos Ferreira de, obra citada, pág. 87, em desfavor do critério da patrimonialidade. Caramelo, António Sampaio, obra citada, pág. 1242, a favor de tal critério.

Centrando-se numa perspectiva, mais ou menos maleável, da distinção tradicional acima já afluída, de indisponibilidade absoluta e relativa ³⁴⁹, conclui a doutrina que só a indisponibilidade de carácter absoluto (isto é, a que não é disponível *de forma alguma*) poderá ser impeditiva da arbitrabilidade. Já o direito que apenas é relativamente indisponível (isto é, aquele de que a parte pode dispor *de certa forma*) ³⁵⁰ não será obstáculo à arbitrabilidade – tal como, aliás, no âmbito de qualquer outra jurisdição que não a dos tribunais arbitrais.

Fala-se, a este propósito, de *disponibilidade forte* e de *disponibilidade fraca*: “*parece-me ser útil distinguir, a este propósito, entre uma disponibilidade forte, para designar a possibilidade de se renunciar ao direito, não só após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular, mas também antecipadamente, e uma disponibilidade fraca, que se traduz na possibilidade de renúncia ao direito só após a radicação deste na esfera jurídica do seu titular.(...)se os direitos disponíveis referidos no artº 1º nº 1 da LAV, deverem ser entendidos no sentido de disponibilidade forte atrás explicado, teremos de concluir que ficará muito significativamente restringido o campo da arbitrabilidade, sem que se vejam razões ponderosas de política legislativa para que isso aconteça(...).Ao invés, se o sentido da disponibilidade do direito(...) for o de disponibilidade fraca, então este critério de arbitrabilidade perde muita da sua operatividade, uma vez que a esmagadora maioria dos direitos subjectivos que, por lei, são antecipadamente irrenunciáveis, passam a poder ser objecto de renúncia após a sua radicação na esfera jurídica do seu titular*”³⁵¹. Quer o autor dizer, tornam-se disponíveis.

Mais ainda, esta perspectiva é criticada, dizem, por “*assentar na ideia ultrapassada de que o Direito, no seu conjunto, pode ser compreendido em termos de direitos subjectivos, o que constitui uma visão redutora e ultrapassada, que, por isso, deve ser afastada*”³⁵².

³⁴⁹ Sousa, Miguel Teixeira de, obra citada, página 201, Ponto 4, já acima parcialmente transcrito a propósito da análise do conceito de indisponibilidade.

³⁵⁰ Caramelo, António Sampaio, obra citada, pág. 1244

³⁵¹ Caramelo, António Sampaio, obra citada, pág. 1245 e 1250: para ilustrar esta perspectiva, o autor invoca dois Acórdãos, um de 16/02/2005 do Tribunal da Relação de Guimarães e outro do STJ de 11/10/2005.

³⁵² Por inerência, uma vez que também lida com o conceito de disponibilidade do direito em termos tradicionais, é também contestado o critério (ou sub-critério como se lhe referem) da *transigibilidade* (pág. 1255)

É lembrada, a este propósito, a realidade das questões de direito das sociedades, que implicam uma distinção entre os contratos tradicionais *de troca* e os contratos *associativos* como é o caso do contrato de sociedade: nos primeiros imperará a visão tradicional da figura do contrato, mas nos segundos tratar-se-à, fundamentalmente, do estabelecimento de regras organizativas e procedimentais com *produção e imputação de efeitos a nível meta-individual*, logo não exclusivamente *reconduzíveis a situações de titularidade* e portanto às tradicionais questões da disponibilidade, na transferência ou na renúncia, dos direitos ³⁵³.

Isto para concluir – à semelhança do que também já ouvimos defender acima a propósito de mediação / homologação do acordo – que a questão da indisponibilidade, em arbitragem, não deveria ser fundamento de exclusão da submissão de litígios mas apenas tida como limite ao poder decisório dos árbitros.

O facto é que, a actual LAV veio consagrar como critério de arbitrabilidade o da patrimonialidade da pretensão, mas não abandonou o critério da disponibilidade, agora para questões de natureza não patrimonial, por via da operacionalidade da figura da transacção.

Aliás, tal e qual como na mediação.

7. Conclusão

A questão nuclear deste meu trabalho prende-se, fundamentalmente, com a análise da relação existente entre, por um lado a mediabilidade dos litígios e o ponto de encontro conseguido entre as partes em conflito por via da mediação em matéria civil e comercial, e, por outro, o tradicional contrato de transacção e a inerente disponibilidade dos direitos, uma vez que, no contexto estudado, se verifica que as normas positivas sobre mediação convocam, de uma forma ou de outra, tal instituto.

³⁵³ Caramelo, António Sampaio, obra citada, pág. 1253

Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se acordo de mediação e transacção se reconduzem a uma mesma e exacta figura, com inevitáveis implicações noutras figuras conexas, como é o caso da homologação, ou se, diferenciadamente, o acordo de mediação se afasta, de alguma forma, da transacção tradicional.

Para tanto, foi analisada a noção de mediação, o seu enquadramento enquanto meio, alternativo ou adequado, de resolução de conflitos transformados em litígios, o núcleo essencial que a define – as partes e o mediador, numa relação paritária de cooperação pautada por confiança, sigilo, neutralidade e idónea competência, num cenário de voluntariedade do princípio ao fim – e a percepção de que se trata de uma área à qual o advogado, embora operador judiciário tradicional na resolução de litígios, não deverá alhear-se, convocando a amplitude da sua contribuição para uma boa e eficaz administração da justiça, também por essa via.

De facto, tenho para mim que a “teoria” desta moderna mediação – se assim me é permitido discorrer – traz consigo, ainda que vista de fora, uma diferente e avançada percepção daquilo que será a pacificação através da justiça. Em tese, é o próprio conflito feito litígio que contém o germe ou antídoto para a sua resolução.

Analisei o percurso legislativo da mediação em Portugal até à recente Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, assim como – com muita curiosidade e alguma saudade dos meus primeiros tempos de estudante - alguns dos institutos, figuras e conceitos genuinamente jurídicos e directamente implicados no tema, o que me permitiu uma visão da questão com alguma latitude.

Ao desenvolver uma tal análise, percebe-se que os vários conceitos e figuras se associam e desassociam no terreno da mediação em várias frequências: o acordo resultante da mediação nem sempre se reconduz à transacção em sentido jurídico estrito e seus exclusivos requisitos, esta nem sempre é condição ou pressuposto da homologação do acordo, assim como a homologação, quando não obrigatória, não impede a validade e eficácia do acordo, espelhando assim a própria executoriedade deste estas variações.

Ora vejamos, revisitando a exposição:

No território dos **juílagados de paz**, cuja competência declarativa (artº 6º nº 1 LJP), agora expressamente ampliada aos procedimentos cautelares (arº 41º-A LJP) ³⁵⁴, se desenvolve, ainda que limitada ao valor de 15.000,00€, em áreas tão diversas como – salvaguardadas as especialidades expressas - os direitos e deveres de natureza obrigacional, incluída a responsabilidade civil contratual e extracontratual, os direitos e deveres de natureza real, e até certas acções indemnizatórias emergentes de determinados crimes (artº 9º LJP), a mediação aparece como um serviço do próprio julgado.

No dizer da Lei dos Juílagados de Paz, *o serviço tem como objectivo estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo das partes* (artº 16º nº 2), e *é competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objecto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgado de paz* (artº 16º nº 3).

Ali encontramos, portanto, a mediação *intra* e *extra* competência, ambas com inclusa pré-mediação, cujo *objectivo é explicar às partes em que consiste a mediação e verificar a predisposição destas para um possível acordo em fase de mediação* (artº 50º LJP).

Ora, salta à vista que a Lei nº 54/2013 de 31/07 que alterou a LJP, eliminou, no nº 3 do artº 16º a referência “*com excepção dos que tenham por objecto direitos indisponíveis*”, em coerência com o disposto no artº 11º da Lei da Mediação que a precedeu e que vincula o processo de mediação (artº 53º nº 1 LJP).

Em conclusão, a mediação ao dispor junto dos serviços do julgado de paz, em termos materiais, ultrapassa a competência concreta do próprio julgado, sendo que, o seu limite material será o constante no artº 11º da Lei da Mediação, já nosso conhecido.

É assim que, das disposições conjugadas da LJP, da Lei da Mediação e da Portaria 1112/2005, de 28/10, temos que, caso haja acordo de mediação, das duas uma:

³⁵⁴ Por força da Lei nº 54/2013 de 31 de Julho.

o referido acordo assinado por todos os intervenientes, resulta de mediação levada a efeito no âmbito de processo instaurado no julgado de paz e adentro da competência deste para a apreciação da causa. Nesse caso vai a imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença (artº 56º nº 1 LJP). Como é subsidiariamente aplicável a lei processual civil (artº 63º LJP), temos que, por princípio, esta homologação judicial há-de respeitar os termos do disposto nos artº 290º e 289º CPC, por equiparação deste acordo de mediação à transacção. Por fim, a executoriedade de tal acordo decorrerá, portanto, da valência condenatória da própria sentença homologatória e dos requisitos da obrigação que esta confirma (artº 703º nº 1 alínea a) CPC).

Por outro lado, se o referido acordo resultar de mediação *extracompetência*, refere a Portaria nº 1112/2005 de 28/10, que o mediador de conflitos está sujeito às *regras técnicas aplicáveis à mediação, inscritas na Lei nº 78/2001 de 13/07, e no presente regulamento* (artº 15º). Logo, por força do artº 53º da LJP, sujeito à Lei da Mediação e ao cumprimento das suas normas.

Assim, em matéria civil e comercial, se o litígio mediado respeitar a interesses de natureza patrimonial não sofre limitações, mas já se respeitar a interesses de natureza não patrimonial só será possível se *as partes puderem celebrar transacção sobre o direito controvertido* (artº 11º nº 2 Lei da Mediação).

Cabe ao mediador, conforme já atrás referimos, a responsabilidade da verificação desta conformidade, especialmente se as partes não pretenderem a homologação judicial do acordo e esta não for imposta por lei.

De todos os modos, o acordo de mediação não homologado é válido.

E é eficaz em sede executória nos termos do disposto no artº 9º da Lei da Mediação, onde salta à vista que, materialmente, tal só depende de o litígio ser *mediável*, as partes terem *capacidade* e de o conteúdo do acordo não violar a *ordem pública*.

Caso as partes queiram submeter o acordo a homologação, o juiz competente em razão da matéria, nos termos do disposto no artº 14º nº3 da Lei da Mediação, fará uma verificação exaustiva: se o litígio é *mediável*, se as partes têm *capacidade*, se respeita os *princípios gerais de direito*, se respeita a *boa-fé*, se não constitui um *abuso do direito* e o seu conteúdo não viola a *ordem pública*.

Como se vê, neste caso, os requisitos da homologação e inerente conferência de validade ao acordo estão em correspondência com os da transacção.

Antes da entrada em vigor da Lei da Mediação, o regime da mediação *extra* competência, em sede de homologação do acordo obtido não era substancialmente diferente: ao remeter a LJP, a título subsidiário, como vimos, para o Código de Processo Civil, regiam então os artº 249º-A, B e C para a mediação em geral e o artº 279º-A para a mediação levada a efeito na pendência de acção judicial que no entretanto ficaria suspensa: neste último caso, *alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via electrónica, seguindo os termos definidos na lei para a transacção* (artº 279º-A).

Não estando pendente instância judicial, a homologação seguiria os termos do disposto no artº 249º-B nº 3, que genericamente referia que *a homologação judicial de acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor*.

Em termos práticos, tal implicava a remissão para os artº 300º e 299º então vigentes no CPC e, por conseguinte, a verificação da conformidade dos requisitos da transacção. O que, diga-se, de algum modo vinha de conformidade com o disposto no artº 16 nº3 da LJP na redacção então vigente que ressalvava da mediação *extra* competência os *direitos indisponíveis*.

De notar que, o acordo não homologado – no caso de homologação não obrigatória – artº 249º-B nº 1- ainda assim seria susceptível de fundar acção executiva, tendo em conta o disposto no artº 46º nº 1 alínea c) então em vigor. Por isso, quando preenchidos os requisitos desta norma, o acordo resultante de mediação seria executório.

O raciocínio efectuado a propósito da homologação de acordo de mediação no contexto da mediação *extra* competência no âmbito dos julgados de paz antes da entrada em vigor da actual Lei da Mediação, cria-nos algumas dificuldades para a compreensão do alcance da restante mediação em matéria

civil e comercial quando promovida a mediação fora dos serviços do julgado de paz.

De facto, alargando o raciocínio quanto ao objecto, validade e possível homologação do acordo de mediação em matéria civil e comercial, promovida fora dos serviços do julgado de paz, não regia então a norma do artº 16º nº 3 da LJP.

Regia, outrossim, a norma geral do artº 249º-A do CPC então em vigor, que no seu nº 1, estatuiu que *as partes podiam, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios.*

Tal redacção, ao alargar a mediação a *qualquer* litígio parecia querer conferir –lhe uma vasta amplitude de objecto, em clara dissonância com o objecto da mediação exercida no âmbito dos julgados de paz, ainda que *extra* competência.

Convém lembrar que tal dissonância, à primeira vista, parece radicar numa desconforme transposição da **Directiva 2008/52/CE** que, como já sabemos, está na base da inclusão, no Código de Processo Civil, daquelas normas relativas à mediação (artº 249º-A, B e C e artº 279º-A).

De facto, tal Directiva, no seu inequívoco intuito de dinamizar a mediação conforme tivemos a oportunidade de ver acima, circunscreveu-a, contudo, à matéria civil e comercial. *Todavia, diz, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só.* É o que consta do seu Considerando 10, recebido de seguida no seu artº 1º nº 2 quando expressamente estatui que *a presente directiva é aplicável (...), em matéria civil e comercial, excepto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável.*

Fica claro, portanto, que a Directiva 2008/52/CE exclui a sua aplicação à matéria que cada um dos Estados- Membros, na sua ordem jurídica, mantenha na área de salvaguarda da indisponibilidade.

Não obstante, o artº 249º-A nº 1 CPC então vigente, não foi redigido em consonância. De facto, ao referir *qualquer* litígio parece não fazer distinções, como já tivemos a oportunidade de ver acima, acompanhando a doutrina sobre a matéria.

E também é verdade que, ainda antes e também contemporaneamente da Directiva em questão, o legislador português deu abertura à mediação em áreas que são, claramente, de indisponibilidade, como é o caso do direito penal, da família e laboral. Basta ver a amplitude dos litígios mediáveis nos sistemas públicos respectivos e acima discriminados.

Vimos acima que, por todos, Dário Moura Vicente defendia, no contexto da vigência do CPC anteriormente à entrada em vigor da Lei da Mediação, a aplicabilidade da mediação em matéria civil e comercial à generalidade dos litígios, por opção do legislador, tendo em conta o disposto no artº 249º nº 1 CPC e, por maioria de razão, porque também a permitiu expressamente em matérias de direitos indisponíveis como aquelas referidas.

Aliás, defende mesmo que tal está em consonância com uma visão *total* da mediação. Isto é, não apenas como meio para chegar a um acordo expreso e formal, mas como meio para que as pessoas se pacifiquem, desmontando os seus conflitos, o que será o objectivo último da mediação.

Neste sentido, como vimos, a mediação seria sempre admissível em qualquer contexto, podendo apenas suceder que porventura não fosse possível a homologação do acordo expreso, a final.

Esta visão, contudo, do ponto de vista do direito positivo, civil e processual civil, de então, como também referia Mariana França Gouveia, atrás citada, encontrava o obstáculo da homologação judicial do acordo obtido por via de mediação: artº 279º-A nº 5 para a mediação na pendência de acção judicial, necessariamente obrigatória na nossa lei, e artº 249º-B nº 3 para a restante, ou seja, a facultativa, que, em conformidade, faria o acordo desembocar necessariamente na transacção, de cujos pré-requisitos consta precisamente a disponibilidade (artº 300º nº 3 e 299º nº 1 do CPC então vigente) de que também fala substantivamente o artº 1249º CC.

Aduzia a referida autora, que, mesmo quando se distinga, na disponibilidade e como é tradicional, entre relativa e absoluta, para admitir eventual validade aos acordos de mediação sobre direitos relativamente disponíveis, restaria sempre, mesmo quanto a esses, o controlo jurisdicional da homologação e da conformidade do acordo pelo menos quanto a normas imperativas (artº 249º-B nº 3 CPC: *a homologação judicial de acordo obtido em*

mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor), mais uma vez, conforme o imposto pelo regime da transacção.

Aliás, parece-me que teria de ser esse, inevitavelmente, o sentido do caminho da homologação, mesmo para quem via nela, a final, quanto à homologação voluntária constante daquele artº 249º-B nº 1 e 3 do CPC então vigente, o único objectivo de alcançar um título executivo com o valor de sentença para minimizar o alcance de uma eventual oposição em sede executiva. Isto porque, no nosso sistema jurídico, o disposto no então em vigor artº 46º nº 1 alínea c) CPC sempre atribuiria ao acordo resultante de mediação, nos seus precisos termos, força executória como documento de natureza particular, susceptível, em sede executória, de uma oposição mais abrangente (antigo artº 816º CPC).

Aliás, em sede executória, a Directiva 2008/52/CE não colocou qualquer obstáculo: estabeleceu pretender a executoriedade do acordo, é certo (Considerando 19º e artº 6º nº 1 da Directiva), limitando-se a remeter para o direito interno de cada Estado-Membro.

Assim, voltando à homologação como forma de controlo jurisdicional do conteúdo do acordo de mediação – obrigatória ou facultativa - que, aliás, nunca foi imposta pela Directiva mas decorre apenas do direito interno português, tudo indica que, até à entrada em vigor da Lei da Mediação, nos termos do disposto nos artº 300º nº 3 e 299º nº 1 CPC, o controle é feito por via dos requisitos exigidos para a transacção.

Embora autores haja, como Mariana França Gouveia que, como vimos acima, defende que, na prática, não será possível ao juiz verificar da conformidade do acordo com normas imperativas, uma vez que, no caso, não dispõe do instrumento factualidade *versus* prova que lhe permitiria tal aferição.

Donde resultará, no seu entender, que o controlo jurisdicional, para além da questão da disponibilidade, só deverá procurar saber se o acordo de mediação viola ou não a ordem pública, entendida como *o conjunto dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico*.

Com a **entrada em vigor da Lei da Mediação, em Maio de 2013**, a mediação em matéria civil e comercial passa a ser regulada exclusivamente por esta Lei, que, aliás, revoga expressamente os artº 249º-A, B e C (artº 49º da Lei) e tem por objectivo, uma vez mais, a transposição da Directiva 2008/52/CE.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2013, em 1 de Setembro de 2013, no âmbito da mediação, deu nova redacção ao artº 279º do CPC, agora artº 273º CPC, o qual adequa, no seu nº 5, os termos da homologação. Aí se refere que *alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via electrónica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação*.

Isto é, adequa a norma processual à Lei da Mediação, como sempre teria de ser, uma vez que esta é lei especial que regula, para futuro, o regime da mediação em matéria civil e comercial.

Valem aqui, portanto, todas as considerações que fizemos acima, em sede de direito positivo, especialmente a propósito da mediação *extra* competência.

O que mudou, pelo que importa á questão da mediabilidade e da validade e eficácia do acordo de mediação, no contexto civil e comercial?

Como vimos acima, ficou expressamente consignada, com carácter obrigatório geral, uma noção de mediação (artº 2º alínea a) da Lei) mais alargada e próxima da que consta da Directiva 2008/52/CE.

Quanto aos litígios susceptíveis de mediação, ficou definitivamente fixado o critério do legislador português no artº 11º da Lei: são mediáveis os litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial, pois os restantes só o serão se for possível a transacção.

O legislador fez uma opção expressa pela transacção como pré-requisito da mediabilidade neste último caso.

Aliás, em exacta consonância com a opção que já havia sido feita, também para a arbitragem, no artº 1º nº 1 e 2 da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro. O texto é exactamente igual.

A meu ver, e apesar das críticas apontadas à Proposta de Lei como vimos acima, quanto á conveniente inclusão da referência expressa à inaplicabilidade da mediação aos direitos de natureza indisponível, tal acaba por

se revelar, por um lado, como uma forma de salvaguardar, de princípio, tais direitos – já que a transacção implica necessariamente o seu respaldo – e, por outro, como que uma abertura flexível à avaliação concreta ou conjuntural da própria indisponibilidade, que, aliás e se bem virmos, vai sendo cada vez mais restringida a um núcleo essencial.

Salvaguardada a reserva de indisponibilidade acima, o artº 20º estabelece que *o conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador.*

E é assim que, fica também expresso que tal acordo de mediação é executório por natureza, e portanto sem necessidade de homologação judicial para lhe conferir tal executoriedade, quando esta homologação não seja obrigatória e se cumpram os requisitos do disposto no artº 9º da Lei. Onde, como já tivemos a oportunidade de anotar, salta à vista a vinculação do conteúdo do acordo de mediação ao conceito de *ordem pública* para poder ser executório.

Assim sendo, e à luz das normas do processo de execução que entraram em vigor em 1 de Setembro de 2013, o referido acordo será título executivo nos termos do disposto no artº 703º nº 1 alínea d) do CPC.

Esta executoriedade, constante do artº 9º da Lei, será sindicável pelo mediador, pois a este competirá a verificação dos pré-requisitos do acordo de mediação para esse efeito, com o zelo e a competência que as normas éticas e deontológicas lhe impõem (artº 26º alínea k) da Lei).

Finalmente, o artº 14º nº 3 da Lei estabelece os requisitos da homologação judicial, quando voluntariamente pretendida, mas estabelece a sua aplicabilidade, afinal, também à homologação judicial obrigatória decorrente do disposto na lei processual civil quanto aos acordos resultantes de mediação levada a efeito na pendência de acção judicial: era o artº 279º-A até 31 de Agosto de 2013, e a partir dessa data, o artº 273º CPC, que no seu nº 5, como já referimos acima, estabelece tal conformidade (artº 45º da Lei).

Se virmos bem, tais requisitos, afinal, conduzem-nos aos requisitos da transacção.

Por conseguinte, hoje como ontem – embora me pareça que hoje com menor densidade do que ontem - o conceito de transacção condiciona o modo como é assumida e implementada a mediação e o acordo dela resultante, em sede de direito positivo.

E, por outro lado, a homologação e a executoriedade do acordo de mediação reflectem esse condicionamento, ora convocando expressamente a figura da transacção ora remetendo-a à penumbra dos bastidores, como vimos acima.

Não obstante, no que toca ao concreto pré-requisito da disponibilidade da relação jurídica sob litígio, observa-se uma tendência para que o núcleo essencial de salvaguarda seja cada vez mais restringido, o que aliás acompanha a tendência no âmbito da própria transacção tradicional.

Talvez também por isso mesmo o legislador da mediação na Lei 29/2013 de 19 de Abril não tenha atendido as sugestões de expressa consagração do impedimento dos direitos ditos indisponíveis, limitando-se à remissão para a transacção, onde figuram como um dos pré-requisitos a ponderar *em situação*, a par de outros.

O facto é que, o legislador português assumiu já, como atrás vimos, sistemas públicos de mediação que tocam áreas de clara indisponibilidade - uma forma, também, creio, de não anular o potencial e capacidade resolutive da mediação onde ela, muito provavelmente, terá até maior interesse e eficácia.

8. Bibliografia

- MEDIARCOM/Minerva, *A Mediação em Acção*, Coimbra, 2008
- Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.I, 3ª Edição Reimpressão, Coimbra Editora Lim, 1982
- Alberto dos Reis, José, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3º, Coimbra Editora Lim, 1946
- Almeida, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos*, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Coimbra Almedina, 2008
- Almeida Costa, Mário Júlio de, *Noções de Direito Civil*, Almedina Coimbra, 1980
- Alpa, Guido – Silvia Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in *Judicium – Il processo civile in Itália e in Europa*, pag 1 a 11, consultável em www.judicium.it
- Ascensão, J. Oliveira, *O Direito- Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição refundida, Almedina, 2006
- Baptista Machado, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 12ª reimpressão, 2000
- Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010
- Boletim da Ordem dos Advogados, nº 23, Nov-Dez 2002
- Brito, Paulo, *A mediação nos julgados de paz portugueses*, Lusíada, Série II, nº 4-5, Universidade Lusíada Editora, 2007
- Brown, J. e Marriott, Arthur L., *ADR Principles and Practice*, London: Sweet & Maxwell, 1999
- Campos, Joana, *O princípio da confidencialidade na mediação*, in *Scientia Iurídica*, Revista de Direito Comparado Brasileiro e Português, nº 318, Abril/Junho, Tomo 58, 2009

- Campos, Luís Melo, *Mediação de Conflitos: Enquadramentos Institucionais e Posturas Epistemológicas*, in José Vasconcelos –Sousa (Coord) *Mediation In Action*
- Campos, Joana Paixão, *A Conciliação Judicial*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009
- Capelo de Sousa, Rabindranath, *A Constituição e os direitos de personalidade*, *Estudos sobre a Constituição*, Vol. 2, Lisboa, 1978
- Capelo, Maria José, *A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 1, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999
- Caramelo, António Sampaio, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio-Reflexões de iure condendo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Tomo III, Lisboa, 2006
- Cardona Ferreira, J. O., *A Psicologia, o Direito e ao Julgados de Paz*, intervenção em Seminário na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, in *O Direito*, nº 144º, II, 2012
- Cardona Ferreira, J. O., *Arbitragem: Caminho da Justiça? Perspectiva de um magistrado judicial.(...)*, *O Direito*, 141º, 2009
- Cardona Ferreira, J. O., *Julgados de Paz, Organização, Competência e Funcionamento*, Coimbra Editora, 2001
- Cardona Ferreira, J. O., *Justiça- Os Caminhantes e os Caminhos*, in *O Direito* 142º, V, 2010
- Cardona Ferreira, J. O., *Sistemas de Justiça e Mediação*, *Revista da Faculdade de Direito da UNL, Themis*, Ano VI, nº 11, 2005
- Cardona Ferreira, J.O., *Julgados de Paz- Cidadania e Justiça. Do Passado, pelo Presente para o futuro*, *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 23, Novº/Dezº, 2002
- Cardona Ferreira, J.O., *Julgados de Paz e Conciliação- Breve Síntese*, Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz, 2005
- *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, consultada em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>

- Carvalho, Jorge Morais, *A Consagração Legal da Mediação em Portugal*, in Julgar, nº 15, Coimbra Editora., 2011
- Cebola, Cátia Marques, in *Mediação e Criação de Consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Mediarcom/Minerva Coimbra, 2009
- Cebola, Cátia Marques, *Resolução Extrajudicial de Conflitos, Colectânea de Legislação*, Quid Juris Sociedade Editora, 2011
- Chumbinho, João, *Julgados de Paz na Prática Processual Civil*, Lisboa, Quid Juris, 2007
- Code Civil français, consultado em Legifrance- Le Service Public de la Diffusion du Droit, in www.legifrance.gouv.fr
- Codice Civile italiano, consultado em Guida al Diritto 24, in www.diritto24.ilsole24ore.com
- Código Civil español, consultado em Norm@Civil, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, in civil.udg.es
- Código Civil Português, Códigos Universitários, Almedina, 2010
- Código de Processo Civil, org. Miguel Mesquita, 25ª Edição, Almedina, 2010
- Código de Processo Civil, org. Miguel Mesquita, 31ª Edição, Almedina, 2013
- Código Deontológico Europeu dos Mediadores, Consultado em “Resolução Extrajudicial de Conflitos, Colectânea de Legislação, Cátia Marques Cebola, 2011, Quid Juris Sociedade Editora
- Coelho, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa, Âncora Editora, 2003
- Colaiácovo, Juan Luis e Cynthia Alexandra, *Negociação, Mediação e Arbitragem, Teoria e Prática*, Editora Forense, 1999
- Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios, Ministério da Justiça, Fundação Calouste Gulbenkian, Almedina , 2000
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consultada em <http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH/conven%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20proteccao%20do%20homem%20e%20das%20liberdades%20fundamentais.pdf>
- Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, *Do Abuso do Direito*, Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais, Almedina, 1999

- D’Onofrio, Paolo, *Transazione*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma
- Decreto Legislativo 4 marzo 2010, nº 28, publicado na Gazzetta Ufficiale n. 53 del 05 Marzo 2010, consultável em Altalex, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=55668>
- Doyle, Margaret, *Advising on ADR: The Essential Guide to Appropriate Dispute Resolution*, Londres, Advice Services Alliance, 2000
- Faget, Jaques, *La double vie de la médiation*, in Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit e de Sociologie Juridique, nº 29, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995
- Galhardo Coelho, João Miguel, *Julgados de Paz e mediação de conflitos*, Âncora Editora, Lisboa, 2003
- Glossário terminológico da Academy of Experts, consultada em http://www.academy-experts.org/default_in.htm?http&&www.academy-experts.org/language.htm
- Gouveia, Mariana França, *Algumas Questões Jurídicas a Propósito da Mediação*, in Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the european union, Mediarcom/ Minerva Coimbra, 2009, pág. 213-242
- Gouveia, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina , 2011
- Gouveia, Mariana França, *Mediação e Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, nº Especial 1, 2010
- Gouveia, Mariana França, *Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol II, Almedina, Coimbra, 2008,
- Hespanha, António Manuel, *Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma*, In: HESPANHA, A. M. (Org.). Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- Hespanha, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Almedina, 2009

- Horster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português- Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, reimpressão, 2000
- *Interrogações à Justiça*, Livro promovido pelo Movimento Justiça e Democracia, Edições Tenacitas, 2003
- Júdice, José Miguel, *Arbitragem e Mediação: Separados á Nascimento?*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2008.
- Lebre da Freitas, José, João Redinha, Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1º (artº 1º a 380º), Coimbra Editora, 1999
- Lebre de Freitas, José, *A acção executiva Depois da reforma da reforma*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2009
- Lebre de Freitas, José, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 1996
- Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles Y mercantiles, Publicada em BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242, consultada em Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112
- Mackie, Karl J., *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, Londres, Routledge, 1991
- Marshall, Pam, *Would ADR have saved Romeo and Juliet ?*, Osgoode Hall Law Journal, consultado em http://www.ohlj.ca/archive/articles/36_4_marshall.pdf
- Mendes, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, consultado em <https://www.google.pt/#q=introdu%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0s+pr%C3%A1ticas+arbitrais>
- Mendonça, Luís Correia, José Alberto dos Reis: *Os Primeiros Anos da Reacção Contra o Processo Civil de Inspiração Individualista e Liberal*, 1997
- Moore, Christopher, *The Mediation Process- Practical Strategies for Resolving Conflict*, 2nd Edition Revised , San Francisco Jossey-Bass Publishers , 1996, consultado em www.colorado.edu/conflict/peace/moor7538.htm
- Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição e 12ª reimpressão, Coimbra Editora, 1999
- Moura Vicente, Dário, *A Directiva sobre a Mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa* in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Almedina, 2008

- Nicoletti, Carlo A., *La Conciliazione Nel Processo Civile*, Pubblicazioni Dell'Istituto di Diritto Processuale Civile Dell'Università di Roma, Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1963
- Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, consultável em, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839> (Lien Legifrance)
- Palmieri, Antonio M., *Transazione e Rapporti Eterodeterminati*, Università di Roma – Facoltà di Giurisprudenza, Studi di Diritto Civile, Milano- Dott. A. Giuffrè Editore, 2000
- *Parecer da Deputada Relatora da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei 116/XII que esteve na base da Lei da Mediação*, consultável no sítio acima
- *Parecer do Conselho de Acompanhamento de Julgados de Paz*, a propósito do Projecto de Proposta de Lei da Mediação, consultável em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37369>
- *Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre a Proposta de Lei 116/XII que esteve na base da Lei da Mediação*, consultável no sítio acima
- *Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público sobre a Proposta de Lei 116/XII que esteve na base da Lei da Mediação*, consultável em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37369>
- Parkinson, Lisa, *Mediação Familiar*, Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça, Agora Comunicação, 2008
- Pedrosa J., Trincão C., Dias J.P., *Por Caminhos da Reforma da Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003
- Pereira, Marcos Keel, *A Mediação nos Julgados de Paz No Contexto da Crise da Justiça*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.
- Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, vol II, 3ª Edição, Coimbra Editora, Lda,

- Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell'Enciclopedia del diritto, Giuffrè Editore- Milano, 1992
- Ramos Pereira, Joel Timóteo, *Julgados de Paz, Organização, Trâmites e Formulários*, Quid Juris Sociedade Editora, 2002
- Resumo da Lei de 21 de Julho de 2012, em vigor desde 26 do mesmo mês e ano, publicada no Boletim Oficial (Bundesgesetzblatt) BGBl. I, 2012, S. 1577, Consultável o seu resumo em European Justice, Portal Europeo de e-Justice,
- Ristin, Gordana, *Are judges the best or the worst mediators?*, in *Mediação e Criação de Consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Mediarcom/Minerva Coimbra, 2009
- Rodrigues da Silva, Fernando Pereira, *Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais*, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas, 2006
- Santoro-Passarelli, Francesco, *La Transazione*, seconda edizioni ristampa, Napoli Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986
- Santos Justo, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 5ª edição, 2011
- Santos, Boaventura Sousa e Pedroso J., M. M. L. Marques e Ferreira, P., *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O Caso Português*, Porto, Afrontamento, 1999
- Scarselli, Giuliano, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Judicium – Il processo civile in Itália e in Europa* consultável em www.judicium.it.
- Sentença Arbitral de Torrellas de 08 de Agosto de 1304, consultada em http://pt.wikipedia.org/wiki/Senten%C3%A7a_Arbitral_de_Torrellas
- Silva, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009
- Silva, Paula Costa e, *De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade*, in *O Direito 140º*, IV, 735-752, Almedina, 2008
- Silva, Paula Costa e, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Lisboa, Dez 1992

- Simac, Srdan, *Attorneys and Mediation*, in *A Mediação em Acção*, Coimbra, Mediarcom, Minerva Coimbra, 2009
- Sousa, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997
- Sub Judice –Justiça e SociedadeRevista Trimestral Out-Dez, 37, Almedina, 2006
- Tiscini, Roberta, *L'esito positivo della mediazione civili e commerciale del d. lgs. N. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *Judicium – Il processo civile in Itália e in Europa*, consultável em www.judicium.it.
- Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, in *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Coimbra Editora Limitada, 1985
- Vargas, Lúcia Dias, *Julgados de Paz e Mediação – Uma nova face da Justiça*, Almedina, 2006
- Vaz, Alexandre Mário Pessoa, *Direito Processual Civil-Do Antigo ao Novo Código*, Almedina, 2002
- Ventura, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Tomo II, 1986
- Vezzulla, Juan Carlos, *Mediação -Teoria e Prática. Guia para Utilizadores e Profissionais*, Lisboa, Agora Publicações, Lda, 2001
- Vide, Carlos Rogel, *Mediación y Transacción en el Derecho Civil*, monografia, in *Diritto@Storia*, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, nº 9, 2010, consultável em <http://dirittoestoria.it/9/Monografie/Rogel-Vide-Mediacion-y-transaccion.htm>
- Wilde, Zulema D. e Gaibrois, Luís M., *O que é a mediação*, Agora Publicações, 2003
- Xavier, Rita Lobo, *Transacção Judicial e Processo Civil*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010